Die rechtliche Natur der Einwandsklage

aus § 767 der Zivilprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Georg Fridrich
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Abraham, Aufrechnung und Eingriffsrecht in der Vollstreckungsinstanz. Berlin 1903.
Balogk, Über das konstitutive Urteil. In der Zeitschrift für das private und öffentliche Recht Bd. 34.
Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozeß. 5. Aufl.
v. Bülow, Die Zivilprozeßordnung. 1879.
Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts. 1906.
Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. 1885.
Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1900.
Centralblatt für Rechtswissenschaft. Ergänz.-Bd. 1896.
David, Die prozessualen Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien bei den vollstreckbaren Urteilen der Zivilprozeßordnung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20.
Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. 1879.
Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß. 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 35, 38, 44.
Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat. Berlin 1864.
Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, herausgegeben von Struckmann. 1866.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1904.
Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.
Fischer, Vollstreckbarkeit. In der Festgabe für Dahn. 1905.
Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. In Jherings Jahrbüchern Bd. 40.
Fischer u. **Schaefer**, Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1902.
Fitting, Der Reichszivilprozeß. 7. Aufl. 1890.
Flechtheim, Die Struktur der negativen Feststellungsklage. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 25.
Förster, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1888.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 1907.
Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909.
Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Bd. 2. 1827.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. Übersetzt von v. Mayr. 1908.
Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. 1898.
Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Bd. 2. 1804.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1886.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellwig, Erlöschen des Scheidungsrechtes in der Revisionsinstanz. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Hommel, Über materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen. Würzburg 1892.
Kappes, Die Widerspruchsklage nach § 686 ZPO. Erlangen 1895.
Keller, Der römische Zivilprozeß und die Aktionen. 5. Ausgabe. 1876.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Koch, Der preußische Zivilprozeß. 1848.
Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen. 1889.
Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29.
Kohler, Über exekutorische Urkunden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 72.
Kohler, Konkursrechtliche Studien. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 81.
Kohler, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24.
Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Leonhardt, Die Justizgesetzgebung des Königreichs Hannover. Bd. 2. 4. Aufl. 1867.
v. Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses. 6. Aufl.
Lindt in der Zeitschrift für die zivilistische Praxis Bd. 33.
Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. 12. Aufl.
Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, herausgegeben von Hahn. 1881.
Maurer, Geschichte des altgermanischen usw. Gerichtsverfahrens. 1824.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. 1900.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. 1., 3. u. 5. Jahrg.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1. 1891.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Petersen u. Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1906.
Peters, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1896.
Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1904.
v. Sarwey, Die Zivilprozeßordnung. 1879.
Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses. Bd. 2. 1884.
Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 2. Aufl. 1906.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1907.
Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB. 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1 10. Aufl. 1907, Bd. 2 9. Aufl. 1905.
Seufferts Archiv Bd. 44.
Stein, Novelle zur Zivilprozeßordnung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24.
Struckmann, Geltendmachung von Einwendungen gegen den Bestand der Kostenerstattungspflicht im Kostenfestsetzungsverfahren. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 6.
Struckmann u. **Koch**, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1900.
Sydow u. **Busch**, Die Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1905.
Übel, Kommentar der Zivilprozeßordnung. 1878.
Warneyer, Zivilprozeßordnung, erläutert durch die Rechtsprechung. 1906.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. 1905.
Weismann, Die Feststellungsklage. 1879.
Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati. 1901.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. 1878.
v. Wilmowski u. **Levy**, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1889.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtliches.

Die Vorschriften des gemeinen Rechts und der preuß. allgem. Gerichtsordnung über das Zwangsvollstreckungsverfahren wurden durch die Reichsjustizgesetzgebung und die sie vorbereitenden Gesetzgebungen in Hannover und im Gebiete des Norddeutschen Bundes wesentlich verändert. Damit im Zusammenhange stand eine durchgreifende Umgestaltung der Vorschriften über das Vorbringen von Einwendungen im Vollstreckungsverfahren, insbesondere auch derjenigen über das Vorbringen von Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch, wie sie sich geschichtlich aus dem römischen, kanonischen und germanischen Recht herausgestaltet hatten.

Im römischen Recht hatten die Einwendungen gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch die Gestalt der Verteidigung gegen die actio iudicati. Diese war der Gläubiger gezwungen zu erheben, wenn er seinen ihm im Urteile zuerkannten Anspruch gegen den Schuldner verwirklichen wollte. Erhob der Schuldner gegen die actio iudicati Einwendungen, so kam es zu einem neuen Prozeß. Der Grundsatz, daß res iudicata Recht schafft, wurde also nicht dahin aufgefaßt, daß mit dem Urteil die durch dasselbe geregelten Rechtsbeziehungen definitiv geregelt seien, vielmehr wurde dem Schuldner mit der Möglichkeit, Einwendungen gegen die actio iudicati zu erheben, ein weitgehendes Widerspruchsrecht gegen den Urteilsanspruch gewährt, allerdings unter der Gefahr, der poena dupli adversus infitiantem zu verfallen.

Der Schuldner konnte im Infiationsprozesse zunächst einmal dartun, daß die allgemeinen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Verfahrens und des Urteils gefehlt haben. Sodann aber standen ihm vor allem eine Reihe von Verteidigungsmitteln zur Verfügung, und zwar allgemein alle Einwendungen, soweit sie erst nach dem Urteile entstanden waren oder soweit ihretwegen (seit der Zeit des Gaius) gegen die irrtümliche Versäumung der Einstellung in die formula restitutio in integrum erfolgen konnte. Endlich waren gewisse Einreden, nämlich die exceptio S. C. Macedoniani und die exceptio S. C. Velleiani, sowie die beneficia competentiae und cedendarum actionum, kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung dahin ausgezeichnet, daß sie auch noch gegenüber der actio iudicati geltend gemacht werden konnten, obwohl man sie ante rem iudicatam hätte vorbringen können. Hierher gehört auch die auf einem Reskript Caracallas vom Jahre 212 beruhende Vorschrift, daß ein Soldat, der aus Rechtsunkenntnis versäumt hatte, irgendeine Einrede im Prozesse der extraordinaria cognitio vorzubringen, diese in der Exekutionsinstanz nachholen konnte, und die Vorschrift, daß ein Minderjähriger bezüglich versäumter Einreden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite minorennitatis verlangen konnte.[1])

Alle diese Einreden konnte der Verurteilte als Verteidigungsmittel im Verfahren auf die actio iudicati zur Geltung bringen, er konnte aber auch, wenn er die Erhebung der actio iudicati durch den Gegner nicht abwarten wollte, sich zu diesem Zwecke ihrer aktiv mittels eines selbständigen klageähnlichen Rechtsbehelfes, der revocatio in duplum, bedienen.[2])

Das Ziel sowohl der Einwendungen gegen die actio iudicati wie der revocatio in duplum war die Beseitigung des ersten verurteilenden Erkenntnisses mit allen seinen Wirkungen. Wie an die Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses nach dem ersten Urteile der Anspruch aus dem Judikat trat, so wurde dieser durch das abweisende Urteil im Infiationsprozeß, bezw.

---

[1]) vgl. Wetzell S. 784ff.; Girard S. 1125, 1139; Gesterding S. 210ff.

[2]) vgl. Wetzell S. 784; Keller S. 398.

durch das verurteilende Erkenntnis im Verfahren auf die revocatio in duplum, vernichtet.

Wurde die Verteidigung in dem Verfahren auf die actio iudicati in iure klargestellt, so trat denegatio der actio iudicati ein.[3])

Auch das germanische Recht kannte ein besonderes, eigenartiges Exekutionsverfahren. Die Grundlage dieses Verfahrens bildete das Urteilserfüllungsgelöbnis. Eine Besonderheit des germanischen Rechtes war das Erfüllungsgebot, das in dem Exekutionsverfahren der Gläubiger gegen den Schuldner erwirken mußte, um mit der Vollstreckung vorgehen zu können. Nach Schröder konnte im salischen Recht der Gläubiger nach Ablauf der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zahlungsfrist und rechtsförmlicher, aber vergeblicher Mahnung den Schuldner durch mannitio vor das Gericht des Thunkins laden. Hier konnte nun der Schuldner seine Einwendungen vorbringen. Tat er dies nicht oder wurde er mit ihnen zurückgewiesen, so erfolgte richterliche Beschlagnahme und ein Erfüllungsgebot an den Schuldner. Nach abermaliger, außergerichtlicher, dreimal wiederholter Mahnung konnte dann der Gläubiger mit der Pfändung vorgehen. Nach Maurer verlief das Exekutionsverfahren bis zu Karl dem Großen in der Weise, daß der Gläubiger, der gültig und rechtlich exequieren konnte, mit einer festuca zum Grafen des Wohnsitzes des Schuldners ging und ihn rechtsförmlich zur Exekution aufforderte. Der Graf begab sich darauf mit sieben Zeugen zu dem Schuldner und erließ an diesen ein Erfüllungsgebot. Kam der Schuldner diesem nicht nach, so erfolgte sofort die Pfändung.

Die Vorschriften des römischen Rechts über das Vorbringen von Einreden gegen den Judikatsanspruch gingen, nachdem die poena dupli bereits im späteren römischen Recht weggefallen war, zunächst in das gemeine Recht über. Aus dem germanischen Recht wurde das Erfüllungsgebot aufgenommen. Die Auffassung der oben genannten Einreden als Einreden in der Exekutionsinstanz blieb bestehen. Privilegierte Einreden waren einmal die exceptiones S. C. Macedoniani und Velleiani, sodann diejenigen Einreden, die sich auf einen dolus des Klägers bezogen, ins-

---

[3]) vgl. Wenger S. 92 ff.

besondere das Erlöschen der Verbindlichkeit geltend machten, wie die Einreden der Zahlung, der Aufrechnung, des Verzichtes, des Vergleiches.[4])

Im gemeinen Recht war nun das Verfahren nach dem Urteil folgendes. Der Richter verfügte nach Stellung des Exekutionsantrages, welcher nur in besonderen Fällen eine spezielle Begründung erforderte, die Exekution. Um dem Schuldner aber die Möglichkeit zu gewähren, die Zahlungsmittel herbeizuschaffen, wurde eine Frist gegeben, binnen deren der Schuldner leisten mußte, wenn er die Exekution vermeiden wollte. Die Zahlungsfrist, deren Bemessung dem billigen Ermessen überlassen war, wurde im Urteil oder auf den Exekutionsantrag hin durch einen Zahlungsbefehl (mandatum executionis, executoriale) festgesetzt. Innerhalb dieser sogen. Paritionsfrist konnte aber der Schuldner, auch abgesehen von dem Falle, daß er die bereits erfolgte Zahlung nachwies, dartun, daß er aus einem anderen Umstande nicht mehr verpflichtet sei, dem richterlichen Befehle nachzukommen, d. h. daß ihm eine Einwendung gegen den Anspruch selbst zustehe. Die Einwendungen, wiewohl gegen den materiellen Anspruch gerichtet, wurden, wie auch weiterhin, als Einreden in der Exekutionsinstanz behandelt. Um aber mit solchen Einwendungen durchzudringen, mußte der Schuldner, in Rücksicht darauf, daß das Verfahren summarisch war, imstande sein, sie liquide zu stellen. Gelang ihm dies, so war die Exekution abgewendet.[5])

Infolge des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654 wurde für das gemeine Recht das Fortbestehen der privilegierten Einreden streitig und nur insoweit allgemein anerkannt, wie die Einreden durch die Landesgesetze zugelassen wurden.[6]) Die Zulassung von vor dem Urteil entstandenen Einwendungen wurde durch den § 78 JRA. auf die Fälle beschränkt, wo der Beklagte beschwören konnte, daß er erst später von den Einreden Kenntnis erhalten habe.[7]) Die nach dem Urteil entstandenen Einreden wurden nach wie vor unbeschränkt zugelassen.

---

[4]) vgl. Gönner S. 194; v. Linde S. 469; Schmid S. 51 ff.

[5]) Wetzell S. 985 ff.; v. Linde S. 464 f.

[6]) Bayer S. 264, 550; Martin § 97.

[7]) Bayer S. 263; Gesterding S. 227.

Durch die Vorschriften des Jüngsten Reichsabschieds fand somit eine Annäherung an das Prinzip des modernen Rechtes statt, nach dem ohne Ausnahmen alle Einwendungen, die vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, ausgeschlossen sind.

Nachdem der code de procedure die Paritionsfrist für alle Fälle auf 24 Stunden festgesetzt hatte, wurde von der 1852 in Kraft getretenen allgem. bürgerlichen Prozeßordnung für Hannover für diese Frist der Zeitraum von einer Woche bestimmt. Der Zwangsvollstreckung mußte ein Zahlungsgebot vorangehen, in Gestalt einer vom Gerichtsvogte an den Schuldner persönlich zu richtenden Aufforderung, zu zahlen oder den Gläubiger auf sonstige Weise zu befriedigen, widrigenfalls mit der Zwangsvollstreckung verfahren werden sollte (§ 535 Abs. 1 u. 2). Mit der Zwangsvollstreckung selbst konnte aber erst eine Woche nach erfolgtem Zahlungsgebote begonnen werden (§ 536 Abs. 1). Die Zwangsvollstreckung war aber auch ausgeschlossen, wenn der Schuldner eine ihr entgegenstehende Verfügung des zuständigen Gerichtes erwirkte (§ 539). Hierbei war folgendes zu beachten. Bestand die Forderung des Gläubigers in im Klaren beruhenden, gewissen auf Grundbesitz lastenden Gefällen oder im Klaren beruhenden Forderungen aus einem Gemeinde-, Kirchen-, Schul-, Deich- oder Siehlverbande, so genügte einfaches Bestreiten der Richtigkeit der Forderungen (§§ 575 Nr. 1, 528). Beruhte die Forderung aber auf exekutorischen Urteilen und Urkunden oder stand sie einheimischen Kreditanstalten zu, so mußten die Einwendungen wie im gemeinen Rechte liquid gestellt werden. Außerdem mußten sie sich, soweit sie gegen den aus einem rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Urteile verfolgten Anspruch gerichtet waren, auf eine erst nach dem zu vollziehenden Urteil eingetretene Tilgung oder Stundung beziehen.[8])

Diesen Neuerungen schloß sich der hannöversche Entwurf von 1866 an.

§ 665 dieses Entwurfes lautete: Das Vollstreckungsverfahren beginnt mit der Behändigung des von dem Gerichtsvollzieher zu erlassenden Befriedigungsgebotes.

---

[8]) Leonhardt Bd. 2 S. 364 ff.

§ 666 Abs. 2: Zugleich ist dem Schuldner die Frist von einer Woche, binnen welcher er den Gläubiger zu befriedigen hat, zu bestimmen.

§ 677: Der Gerichtsvollzieher hat mit dem Vollstreckungsverfahren einzuhalten oder dasselbe zu beschränken, wenn eine der nachstehenden Tatsachen urkundlich nachgewiesen wird: 1. Daß seit Erlassung oder Errichtung des zu vollstreckenden Schuldtitels die Befriedigung des Gläubigers erfolgt sei; ... 3. daß der Gläubiger dem Schuldner Stundung bewilligt habe; ... 6. daß ein richterlicher Einhaltsbefehl erlassen worden.

§ 683: Die gegen den Anspruch selbst gerichteten Einwendungen sind ... nur insoweit zu beachten, als sie Stundung oder das Erlöschen des Anspruches betreffen und auf einem nach Erlassung oder Errichtung des zu vollstreckenden Schuldtitels entstandenen Grunde beruhen.

Die allgem. Gerichtsordnung behandelt das Verfahren beim Vorbringen von Einwendungen in der Exekutionsinstanz im Teil 1 Titel 24 §§ 35 ff. Es sollten nur die Einwendungen der Zahlung der Kompensation, des Erlasses und des Vergleiches zugelassen werden, falls sie liquide gestellt oder wenigstens glaubhaft gemacht wurden (§§ 36—38). Im letzteren Falle mußte ein Verhandlungstermin angesetzt werden (§ 38). Gelang es dem Schuldner, die Einwendungen darzutun, so mußte auf Aufhebung der Exekution erkannt werden (§ 40 Abs. 1). Gelang ihm dies nicht, so erging ein Urteil dahin, daß die Exekution fortzusetzen sei (§ 40 Abs. 2).

Nach dem preuß. Entwurf von 1864 sollte die Zwangsvollstreckung, sofern nicht das Gericht ein anderes bestimmte, geschehen ohne Mitwirkung des Gerichts durch die Gerichtsvollzieher (§ 992). Beibehalten war noch das Erfüllungsgebot, das vom Gerichtsvollzieher vor Beginn der Zwangsvollstreckung an den Schuldner zu richten war, und die Bestimmung einer Paritionsfrist von acht Tagen (§§ 999, 1001). Dagegen war aufgegeben das Erfordernis der Liquidität der Einwendungen. Über das Verfahren beim Vorbringen von Einwendungen bestimmte § 1017: Der Gerichtsvollzieher hat im Falle eines Widerspruches des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung von dieser abzustehen, wenn ...

die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils ihm vorgelegt wird, in welcher die Einstellung angeordnet oder die Vollstreckung für unzulässig erklärt ist. § 1018: Der Schuldner hat den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen, von welchem oder von dessen Vorsitzenden das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist.

§ 1029: Der Widerspruch des Schuldners kann nicht auf Einreden gestützt werden, die vor derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, auf welche das zu vollstreckende Urteil ergangen ist. Es gilt dies insbesondere auch von den Einwendungen der Zahlung, der Kompensation, des Erlasses und des Vergleiches.

Hier im preuß. Entwurfe wurde aso für das Vorbringen von Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch zuerst die Form der Klage vorgeschrieben, während ihre Geltendmachung im gemeinen Prozesse einredeweise, nach dem hannöverschen Gesetze durch Anträge erfolgte.[9] Der Rechtsbehelf, den die Gesetze zur Geltendmachung jener Einwendungen gewährten, wurde also immer selbständiger.

Eine weitere Ausgestaltung der Klage brachte der norddeutsche Entwurf von 1864. Dieser enthält bereits, in mehrere Paragraphen zerstreut, die später in dem Entwurfe einer deutschen Zivilprozeßordnung in den § 635 zusammengezogenen Bestimmungen über die Klage aus dem jetzigen § 767. Es sind dies die §§ 914 Abs. 1, 915 Abs. 1 und 916. Neu war die Überweisung der Klage an das Prozeßgericht erster Instanz und die Zulassung der Einwendungen, deren Gründe zwar vor Erlaß des Urteils, aber nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Bemerkenswert ist der Abs. 2 des § 916: Der Schuldner, welcher auf Grund solcher Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung Widerspruch erhebt ... usw. Hier also ist noch ausdrücklich gesagt, daß die Klage ausschließlich als Hilfsmittel gegen die Zwangsvollstreckung gedacht war.

Die wichtigste Abweichung des norddeutschen und des deutschen Entwurfes von dem hannöverschen und preußischen Entwurfe war also das Absehen von einer Paritionsfrist und

---

[9]) Hommel S. 27.

von der Vorschrift des Erlasses eines Befriedigungsgebotes. Hierüber sagt die Begründung des deutschen Entwurfes (Hahn S. 438): „Die Verschärfung der Vollstreckbarkeit (d. h. die Forderung der Liquidität) sind als absolut bindende Vorschrift ohne Benachteiligung des Schuldners nur dann anwendbar, wenn sie auf eine verhältnismäßig kurze Zeit nach Eintritt der Vollstreckbarkeit beschränkt werden; je mehr Zeit seit derselben verflossen ist, um so weniger kann dem Schuldner eine solche Promptheit des Beweises zugemutet und bei deren Mangel ohne Einschränkung der Fortgang der Vollstreckung geboten werden. Es würde sich deshalb vielleicht unter Beibehaltung dieser Strenge eine zeitliche Beschränkung der unbedingten Vollstreckbarkeit der Urteile empfehlen, und nach Eintritt derselben könnte das Befriedigungsgebot am Platze sein. Allein eine derartige Maßregel würde mit der Übertragung der Vollstreckung an selbständige Organe, denen das Material zur Prüfung der Fortdauer der Vollstreckbarkeit fehlt, nicht vereinbar sein, sie würde auch durch Bestimmung einer festen Frist immerhin willkürlich erscheinen“.

Nachdem vom Reichstage eine wichtige, später zu besprechende Änderung vorgenommen war, lautete der § 686 (jetzt § 767) in seinen ersten beiden, hier allein wichtigen Absätzen so:

„Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können“.

Hauptteil.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Klage aus § 767 ZPO.

Die Vorbedingungen für die Möglichkeit der Erhebung der Einwandsklage aus § 767 ZPO. sind nach der Zivilprozeßordnung nur zwei:

1. Das Bestehen eines Urteils, durch das ein Anspruch festgestellt wird, und

2. das Bestehen von Gründen, die Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch gewähren; und zwar müssen diese Gründe erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil erging, entstanden und dürfen nicht mehr durch Einspruch geltend zu machen sein.

Ob also Zwangsvollstreckung möglich ist, droht oder bereits begonnen hat, wird vom Gesetze nicht berücksichtigt und ist auch für die Frage nach der Zulässigkeit der Klage aus § 767 gleichgültig.

Von Wichtigkeit ist nur die Frage, ob die Zwangsvollstreckung bereits beendet ist. Mit dem Augenblicke, wo dies der Fall ist, ist selbstverständlich die Klage aus § 767 nicht mehr gegeben. Besteht doch kein Anspruch mehr, gegen den sich die Einwendungen richten könnten. Der Anspruch, der — wenigstens bei Bestehen peremptorischer und den Anspruch in seinem ganzen Umfange ergreifender Einreden, sonst mit den entsprechenden Einschränkungen — seit dem Entstehen der materiellen Einwendungen nur noch formell bestand, hat auch diese formelle Existenz mit der Vollendung der Zwangsvollstreckung durch Erfüllung eingebüßt.[1])

[1]) Hiermit stimmt im Resultate ohne Ausnahme die Literatur überein, doch weicht sie in der Begründung, dem im übrigen entgegengesetzten Standpunkte entsprechend, meist ab. Z. B. Hommel S. 40 „... da nur bis zur Beendigung der

Somit begrenzt der Augenblick der Vollendung der Zwangsvollstreckung zeitlich die Möglichkeit der Erhebung der Einwandsklage nach der einen Richtung. Nach der anderen bildet theoretisch die äußerste mögliche Grenze der Augenblick, in dem das Urteil erlassen wird, dem der angefochtene Anspruch seine Feststellung verdankt. Nur wenn das Urteil ein Versäumnisurteil ist, ist kraft positiver Bestimmung (§ 767 Abs. 2) nicht sofort die Klage aus § 767 gegeben, sondern es muß dann erst die Unmöglichkeit der Erhebung des Einspruches eingetreten sein.

Ist also das Urteil ein kontradiktorisches, so besteht bis zum Eintritte der Rechtskraft nebeneinander sowohl die Möglichkeit, die ordentlichen Rechtsmittel zu benützen, als sich der Klage aus § 767 zu bedienen. Hierbei ist jedoch folgendes zu beachten. Die Berufung ist weiter als die Einwandsklage. Mit ihr können sowohl die Einwendungen geltend gemacht werden, die mit einer Einwandsklage vorgebracht werden können, als auch die Einwendungen, die bei der Einwandsklage nach § 767 Abs. 2 ausgeschlossen sind. Hat also der Schuldner Berufung eingelegt, so kann er nicht auch noch die Einwandsklage erheben, solange die Sache in der Berufungsinstanz schwebt.[2]) Wird die Berufung zurückgewiesen, so ist der Schuldner für die Einwandsklage, die ihm natürlich von nun an wieder zusteht, auch mit denjenigen Einwendungen ausgeschlossen, die bis zum letzten mündlichen Verhandlungstermine in der Berufungsinstanz, aber vielleicht nach dem letzten mündlichen Verhandlungstermine in der ersten Instanz entstanden sind. Hat der Schuldner dagegen zunächst die Einwandsklage erhoben, so kann er auch weiterhin noch, solange nicht die Berufungsfrist abgelaufen ist, die Berufung einlegen. Dann ist die Einwandsklage abzuweisen.[3])

Es zeigt sich also, daß die sogen. Vollstreckungsgegenklage schon zu einer Zeit möglich wird, wo zunächst an Zwangsvoll-

---

Vollstreckung ... von Einwendungen gegen die Vollstreckung die Rede sein kann"; ähnlich z. B. Seuffert Bd. 2 S. 383; Planck S. 703; Hellmann S. 831.

[2]) Ebenso Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 491 f.; v. Sarwey Anm. 4 zu § 686.

[3]) Ebenso Seuffert Bd. 2 S. 381; abweichend Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 491 f.

streckung noch gar nicht zu denken ist, da bis zum Augenblicke des Eintrittes der Rechtskraft des Urteils dem Gläubiger (abgesehen von den für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen) noch kein vollstreckbarer Titel zur Verfügung steht. Daraus ergibt sich, daß die Wendung gegen die dem Gläubiger zustehende Befugnis zur Ausführung der Zwangsvollstreckung oder gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht zum Wesen der Klage aus § 767 gehören kann, sondern nur in den weitaus meisten Fällen die Veranlassung zu ihrer Erhebung sein wird.

Der Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, steht vielmehr zu der Klage aus § 767 in einem ähnlichen Verhältnis wie der Antrag auf Erlaß der Vollstreckungsklausel zu der Leistungsklage. So sagt auch Falkmann S. 397:

> „So wenig bei der Leistungsklage die Zulässigkeit der Vollstreckung begehrt und ausgesprochen wird, so wenig streiten bei der Klage aus § 767 die Parteien darüber, ob das Urteil noch vollstreckt werden darf oder nicht. Ihr Streit betrifft vielmehr einzig und allein die Frage, ob Tatsachen eingetreten sind, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes den Urteilsanspruch aufheben oder hemmen".[4])

Daß man aber den gewöhnlichen Grund zur Erhebung einer Klage nicht zur Charakterisierung ihres Wesens benützen darf, betont Langheineken S. 179:

> „Über den Charakter einer Klage entscheidet nicht ihr jenseits des Prozesses liegender Zweck, sondern der notwendige, bei beliebiger Variierung des Sachverhaltes konstante Gehalt des im Sinne der Klage ergehenden Entscheides".

---

[4]) Deshalb ist die von Kohler eingeführte und in der Literatur übliche Bezeichnung der Klage aus § 767 als Vollstreckungsgegenklage nicht treffend. An ihrer Stelle ist in vorliegender Arbeit der Ausdruck Einwandsklage gebraucht. Diese Bezeichnung der Klage hat zwar den Fehler, daß sie zu unbestimmt ist und für gewöhnlich eines Zusatzes („aus § 767 ZPO.") bedarf. Sie ist aber in ihrer Farblosigkeit wenigstens nicht falsch und darum der üblichen Bezeichnung vorzuziehen. In vorliegender Arbeit dürfte der abgekürzte Ausdruck nicht mißverständlich und daher brauchbar sein.

Gegen die Richtigkeit des Resultates dieser Erwägungen spricht scheinbar die Stellung des § 767 innerhalb des 8. Buches der Zivilprozeßordnung. Scheinbar, wie die Entstehungsgeschichte des § 767 zeigt. In der Regierungsvorlage lautete der Abs. 2 des § 635: „Dieselben (die Einwendungen) sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, . . . durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können". Wie Direktor v. Amsberg bei Beratung des Entwurfs der Zivilprozeßordnung in 1. Lesung im Reichstage ausführte, sollte die Klage aus § 635 ausschließlich der Exekutionsinstanz vorbehalten bleiben, es sollten also alle Einwendungen ausgeschlossen sein, die mit ordentlichen Rechtsmitteln noch geltend gemacht werden konnten. Auf den Antrag des Abgeordneten Grimm wurden die Worte „oder Berufung" gestrichen, mit der Absicht, dem Schuldner seine Rechtsverfolgung zu erleichtern, ihn nicht unnötig auf den Weg der Beschreitung einer höheren Instanz mit seinen Unbequemlichkeiten und Kosten zu zwingen. Damit wurde aber der rechtliche Charakter der Klage geändert. Die Absicht der Regierung war durchbrochen, die Klage war nicht mehr der Exekutionsinstanz vorbehalten. Aus einem Rechtsmittel (im w. S.) gegen die Zwangsvollstreckung wurde eine Klage, die die Kraft hat,

> „positive Urteile ohne Rücksicht auf die Zwangsvollstreckung mit neuentstandenen Einwendungen anzufechten".[5])

Dem § 635 eine seinem neuen Inhalte entsprechende Stellung im Gesetze anzuweisen, wurde unterlassen. Auch bei der Neuordnung des Gesetzes blieb der von Fischer in Recht und Rechtsschutz 1889 gemachte Vorschlag, den § 686 der alten Zivilprozeßordnung hinter § 293 oder § 554 zu stellen, unbeachtet (vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 491). So lassen sich also aus der Stellung des § 767 im 8. Buche der Zivilprozeßordnung

---

[5]) Fischer in der Festgabe für Dahn Teil 3 S. 84 Anm. 1. Der Anfang der zitierten Stelle lautet vollständig: „Positive rechtskräftige Urteile". Doch richtet sich wohl die Klage nicht nur gegen rechtskräftige Urteile, da sich der Schuldner mit der Klage aus § 767 auch gegen Urteile wenden kann, die noch mit der Berufung angefochten werden können.

keine Schlüsse auf die rechtliche Natur der durch ihn gewährten Klage ziehen.[6])

Daß man auf die äußere Stellung des § 767 im Gesetzbuche kein zu großes Gewicht legen darf, geht schon daraus hervor, daß auch andere gesetzliche Bestimmungen, die zweifellos nicht nur für die Zwangsvollstreckung in Betracht kommen, sich im 8. Buche der Zivilprozeßordnung finden, nämlich die §§ 705 u. 706 über den Eintritt der Rechtskraftwirkung.[7])

Falkmann hebt zwar richtig hervor, daß der § 767 seine Stellung seinem Hauptanwendungsgebiete zu verdanken hat. Er zieht aber daraus nicht die letzten Konsequenzen. Er folgert daraus nur, daß man die Anwendbarkeit des § 767 nicht auf die Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung schon begonnen habe, beschränken und im übrigen den Schuldner auf die Feststellungsklage aus § 256 verweisen dürfe, und sagt weiter:

> „Eine solche Einschränkung enthält der § 767 nicht; seine Voraussetzung, klageweise Geltendmachung einer den Urteilsanspruch betreffenden Einwendung, ist auch dann gegeben, wenn die Vollstreckung noch nicht begonnen hatte".

Die Begrenzung, die Falkmann damit für die Anwendbarkeit des § 767 gibt, ist noch zu eng. Man muß die letzten Worte ersetzen etwa durch die Worte: wenn eine Vollstreckung gar nicht zulässig ist.

Wenn nun also die Wendung gegen die Zwangsvollstreckung und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht das Charakteristische der Klage aus § 767 ist, was ist es dann?

Gegen das Urteil selbst, durch das der bekämpfte Anspruch festgestellt ist, kann sie sich nicht wohl richten. Daß dieses richtig

---

[6]) Dagegen Hommel S. 37: „Aus der Stellung im Systeme ergibt sich, daß es sich um Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung handelt". Hommel läßt also die Stellung des § 767 im Systeme entscheiden, obgleich diese, wie oben ausgeführt, anfechtbar ist. Läßt man den Wortlaut entscheiden, so muß man wohl zu der hier vertretenen Ansicht gelangen. Den Schluß Hommels ziehen aber ausdrücklich oder als selbstverständlich stillschweigend fast alle Schriftsteller.

[7]) vgl. Fischer, Vollstreckbarkeit S. 83 Anm. 1.

gefällt sei, bestreitet sie nicht.[8]) Weismann (Bd. 2 S. 96), der der Ansicht widerspricht, daß durch das zweite Urteil eine Aufhebung des ersten erfolge, weist mit Recht darauf hin, daß das erste Urteil zum mindesten hinsichtlich der Prozeßkosten wirksam bleibt und daß sich die Klage auf eine nur dilatorische Einwendung gründen kann, in welchem Falle das erste Urteil nach dem Wegfalle der Einrede wieder vollwirksam wird.[9])

Der Richter kann sein Urteil nur darüber abgeben, was Rechtens ist nach dem Stande des Streitstoffes, wie er ihm beim Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen hat. Bedingung für die mit § 767 geltend zu machenden Gründe ist ja aber eben, daß sie erst später entstanden sind. Folglich können die auf diese Gründe gestützten Einwendungen das erste Urteil nicht berühren.

Die Klage aus § 767 geht also weder dahin, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, noch das erste Urteil aufzuheben. So auch Reincke S. 635:

> „Daß die Einwendungen sich gegen den Urteilsanspruch richten müssen, steht im Gegensatze zu Einwendungen gegen das Urteil als solches oder dessen Vollstreckung“.

Vielmehr geht die Klage einfach dahin, ein materiell wirksames Urteil zu erzielen. Diese Ansicht sucht Bunsen S. 56f. zu widerlegen:

> „Die Klage ist keine materiellrechtliche, da bloße Einredetatsachen ein Klagrecht nicht zu erzeugen vermögen“.

Dies möchte ich bestreiten. Allerdings kann das Bestehen von Einredetatsachen im allgemeinen kein Klagrecht erzeugen.

---

[8]) Ebenso die meisten Schriftsteller, z. B. Falkmann S. 397; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 166 Nr. 12; Struckmann-Koch § 686 Note 2, 2; Wilmowski-Levy § 686 Note 2; Kisch S. 165; Kleinfeller S. 626; a. E. Förster Bd. 2 S. 411; Endemann Bd. 3 S. 169 Anm. 6; RG. Bd. 35 S. 396; KGBl. 1906 S. 89; Geib S. 122; Neukamp S. 732f.; Seuffert Bd. 2 Anm. 1a zu § 767; Langheineken S. 179; David bei Busch Bd. 20 S. 432; Hommel S. 21; Schmidt S. 112f.; doch spricht Schmidt a. a. O. S. 934 ungenau von „Aufhebung eines Urteils auf Grund einer Vollstreckungsklage“. Anderer Meinung sind v. Sarwey Bd. 2 S. 145 und Uebel Bd. 2 S. 174.

[9]) Ebenso Kappes S. 29.

Stehen jemandem gegen einen Anspruch Einreden zu, so kann er natürlich auf sie keine Klage stützen (außer bei rechtlichem Interesse an alsbaldiger Feststellung eine Feststellungsklage). Im Falle des § 767 liegen die Verhältnisse aber besonders. Hier ist der Anspruch bereits durch Urteil festgestellt, so daß der Schuldner seine Einwendungen im allgemeinen nicht mehr einredeweise geltend machen kann. Mit ihnen doch noch materiell wirksam auch den durch Urteil festgestellten Anspruch zu bekämpfen, kann ihm nur eine Klage ermöglichen.

Bunsen zieht zur Widerlegung der Ansicht, daß die Einwandsklage eine materiellrechtliche Klage sei, aus dieser Ansicht Konsequenzen, die scheinbar zu eklatanten Widersprüchen führen:

> „Von diesem Standpunkte aus betrachtet, würde man die Klage nur als prozessualische Form für die Wiederaufnahme des Prozesses auf Grund neuer Einreden betrachten können und ihr Ziel in der Wiederaufhebung des Urteils und Fällung eines neuen Urteils an Stelle des wiederaufgehobenen erblicken müssen. Die Klage würde damit zu einem Rechtsmittel resp. zu einer Restitutionsklage oder Nichtigkeitsklage werden".

Beide im ersten Satz gezogenen Folgerungen beruhen auf Irrtum. Es handelt sich in dem Verfahren auf eine Einwandsklage zwar um einen Anhangsprozeß, aber nicht um Wiederaufnahme des Verfahrens im technischen Sinne. Damit fällt aber auch die zweite Folgerung, daß man vom hier vertretenen Standpunkte aus dazu kommen müsse, als Ziel der Klage die Aufhebung des ersten Urteils zu bezeichnen. Wenn also Bunsen weiter sagt:

> „Die Klage kann aber . . . die Rechtsbeständigkeit des Urteils nicht anfechten, denn neue Tatsachen vermögen ein bereits rechtskräftiges Urteil nicht aufzuheben — es besteht dieses Urteil an sich vollkommen zu Recht —",

so trifft er mit dieser Widerlegung zwar die Haltbarkeit der Folgerungen, nicht aber die Richtigkeit der Ansicht, aus der die Folgerungen unrichtig gezogen sind.

Der Fehler, den Bunsen macht, indem er jene Folgerungen aus der hier vertretenen Ansicht zieht, ist der, daß er verkennt,

daß es außer der Bekämpfung der Zwangsvollstreckung und der Anfechtung des ersten Urteils noch eine dritte Möglichkeit für das Ziel der Klage aus § 767 gibt. Derselbe Fehler liegt einer Stelle in Kleinfellers Lehrbuche zugrunde. Kleinfeller sagt S. 233 bei der Aufzählung der Ausnahmen von § 313 ZPO. (das Gericht ist an die Entscheidungen, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteilen enthalten sind, gebunden), daß § 767 nicht zu den Ausnahmen gehöre,

> „weil die Einwendungen nur hinsichtlich der Vollstreckung wirken sollen, den Bestand des Urteils aber unberührt lassen" (ähnlich S. 238).

Diese Begründung ist unrichtig. Die Einwendungen sollen nicht nur hinsichtlich der Vollstreckung wirken. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie „den Bestand" des Urteils angreifen. Was die Einwandsklage bewirken will, ist vielmehr die Feststellung durch Urteil, daß der im ersten Urteil festgestellte Anspruch nicht mehr oder nicht mehr im vollen Umfange besteht.[10])

Dem entspricht, daß infolge eines Urteils auch die Einwandsklage einer späteren auf dieselben Gründe sich stützenden Bereicherungsklage die exceptio rei iudicatae entgegensteht, was, wie Schwartz (S. 76) hervorhebt, Ansicht der herrschenden Meinung ist.[11])

Aus der hier vorgetragenen Ansicht ergibt sich, daß die Einwandsklage nicht nur gegen Ansprüche gegeben ist, die in Leistungsurteilen, sondern auch gegen solche, die in Feststellungsurteilen festgestellt sind. In diesem Punkte kann ich selbst Falkmann, dessen Meinung ich im übrigen in den Hauptpunkten beitrete, nicht zustimmen. Falkmann erklärt (S. 385) die Einwandsklage für unzulässig gegenüber einem durch Feststellungsklage festgestellten Anspruche. Er gibt zu, daß der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht, der gesetzgeberische Grund für Einführung des § 767 auch hier gilt, fährt dann aber fort:

---

[10]) Ebenso Falkmann S. 383; Schwartz S. 107 f.; Schmidt S. 112; ähnlich Hellwig S. 491 ff.; a. M. bes. Gaupp-Stein Anm. 3 zu § 767.

[11]) Planck Bd. 2 S. 701; Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 163 f.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 499 f.; Gaupp-Stein Anm. 5 zu § 767; Petersen Anm. 9 zu § 767; Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 767.

„Allein der § 767 setzt nach seiner Stellung und seinem Zwecke einen vollstreckbaren Anspruch voraus, an dem es hier fehlt“.[12])

Es liegt ein Widerspruch darin, daß Falkmann hier der Stellung des § 767 diese Bedeutung beilegt, während er vorher (S. 383) gesagt hat,

die Stellung des Paragraphen erkläre sich aus seinem Hauptanwendungsgebiete (der Bekämpfung der Vollstreckung).

Was den Zweck des § 767 anbetrifft, so ist für dessen Erkenntnis die erste Quelle der Paragraph selbst. Daß dieser aber nicht für die Ansicht Falkmanns spricht, gibt er selbst zu.

Der hier vertretenen Ansicht ist Schwartz, Billigkeitsurteil (S. 106):

„. . . sie (die Einwandsklage) ist ihrem rechtlichen Wesen nach eine condictio ob causam finitam, wie sie dem Verurteilten jederzeit zusteht, einerlei ob die Zwangsvollstreckung begonnen hat oder doch wenigstens nahe bevorsteht, — auch wenn weder das eine noch das andere in Frage kommt, weil vielleicht nur ein ‚Feststellungsurteil‘ gemäß § 256 ZPO. vorliegt“.

Je nach den Umständen, zu denen auch die Art des ersten Urteils gehört, wird es sich nun richten, welche Anträge der Schuldner mit der Einwandsklage zu verbinden hat, um seinen Zweck, die völlige Beseitigung der Wirkungen des ersten Urteils, soweit ihnen seine Einwendungen entgegenstehen, zu beseitigen.

War das erste Urteil ein Feststellungsurteil oder ein weder rechtskräftiges noch vorläufig vollstreckbares kondemnatorisches Urteil, so ist damit, daß der Einwandsklage stattgegeben wird, die Sache erledigt. Das erste Urteil ist, je nach Art und Umfang der mit Erfolg vorgebrachten Einwendungen ganz oder teilweise, wenn auch nicht formell, so doch tatsächlich aufgehoben.[13])

---

[12]) Auch Geib bestreitet (S. 135) ausdrücklich die Zulässigkeit der Einwandsklage gegenüber einem durch Feststellungsurteil festgestellten Anspruche: „. . . der in einer Feststellungsklage Unterlegene (ist) für die Vollstreckungsgegenklage niemals aktiv legitimiert“. Er will in allen derartigen Fällen den § 256 ZPO. anwenden.

[13]) Die Annahme, daß die Einwandsklage auch gegen noch nicht rechtskräftige

War dagegen das erste Urteil ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares kondemnatorisches Urteil, so genügt der Antrag auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des Anspruches zur Sicherung des Schuldners gegen die Gefährdung durch die Wirkungen des ersten Urteils nicht. Jedes kondemnatorische Urteil besteht aus zwei Elementen. Einmal stellt es — wenigstens implicite — das Bestehen eines Anspruches des Klägers gegen den Beklagten fest. Sodann gibt es dem Beklagten auf, den Kläger zu befriedigen.[14]) Auf dieses zweite Element stützt sich weiterhin der Anspruch des Klägers auf Zwangsvollstreckung. Das erste Element wird durch das auf die Einwandsklage ergehende Urteil vernichtet. Das zweite führt aber, sobald aus ihm der publizistische Vollstreckungsanspruch geworden ist, ein selbständiges Leben und bleibt bestehen, auch wenn seine urspüngliche causa weggefallen ist.[15]) Um auch diesem seine Wirksamkeit zu nehmen, muß der Kläger außerdem (gleichzeitig mit der Klage oder später) den Antrag stellen, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil für unzulässig oder für nur beschränkt zulässig zu erklären. Somit bleibt auch hier das erste Urteil formell in Kraft. Materiell ist es, soweit die Einwendungen des Schuldners reichen, wertlos. Doch ist in diesem Falle daran festzuhalten, daß der Antrag auf

---

Urteile anwendbar sei, steht im Gegensatze zur herrschenden Meinung. Selbst Schwartz, der von einer Vollstreckbarkeit des ersten Urteils absieht, sagt (S. 106): „Der § 767 unterstellt als Regel offenbar den Angriff gegen eine rechtskräftige Entscheidung". Doch läßt sich für diese Auffassung, wenn man die Klage aus § 767 ohne Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils zuläßt, aus dem § 767 kein Grund finden. Vielmehr finden unter jener Voraussetzung die Formvorschriften des § 767 bei Klagen gegen Ansprüche aus rechtskräftigen wie aus nicht rechtskräftigen Urteilen mit derselben Berechtigung Anwendung. Gaupp-Stein sagt Anm. II, 2 zu § 323 ZPO.: „Daß die Verurteilung rechtskräftig sein müsse, ist weder gesagt noch ohne weiteres aus der Stellung des Paragraphen hinter § 322 zu folgern. Die Begrenzung des Zeitpunktes in Abs. 2 beweist zwingend das Gegenteil". Da aber der Abs. 2 des § 323 mit dem des § 767 inhaltlich übereinstimmt, so spricht die Argumentation Steins auch dafür, daß die Klage aus § 767 gegen Urteile zulässig ist, die noch nicht rechtskräftig sind.

[14]) Ebenso Weismann, Die Feststellungsklage S. 115; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 47, derselbe, Anspruch S. 120; Kohler bei Busch Bd. 29 S. 14.

[15]) Hellwig, Anspruch S. 491 ff.; Pagenstecher, Rechtskraft S. 374; Gaupp-Stein S. 353 oben und S. 481.

Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung nur äußerlich mit der Klage aus § 767 verbunden, nicht ein Bestandteil der Klage ist.[16]) Nicht ist die Einwandsklage bedingt durch die Stellung des Antrages auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung (wie die herrschende Meinung annimmt), wohl aber umgekehrt die Stellung des Antrages durch die Erhebung der Klage.

Deshalb stimme ich Pagenstecher im allgemeinen zu, wenn er (S. 374) sagt:

> „Das Vollstreckungsrecht ist vorhanden zwecks Realisation des vorausgesetzten Privatrechtes. Nach der hier vertretenen Anschauung ist im Falle eines rechtskräftigen, dem Kläger günstigen Leistungsurteiles ein solches Privatrecht stets vorhanden; das Erlöschen dieses Rechtes . . . affiziert aber nicht das Vollstreckungsrecht. Es gibt lediglich dem Kläger ein Recht, dessen Entziehung zu verlangen (§ 767 ZPO.)".

Nur darum, wie der Kläger diese Entziehung erreichen kann, handelt es sich. Er kann ohne weiteres, nur unter Beobachtung der Klageform, ebensowenig ausschließlich die Entziehung des Vollstreckungsrechtes verlangen, wie ein Gläubiger im allgemeinen ausschließlich die Vollstreckungsklausel verlangen kann, ohne vorher seine Forderung eingeklagt zu haben.

---

[16]) Einen ähnlichen Unterschied macht Hellwig, Anspruch S. 485 f.: „Das Widerspruchsrecht . . . (wird) realisiert durch Änderung des als nicht rechtmäßig erkannten Rechtszustandes. Die Änderung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein, was nicht ausschließt, daß zur Sicherung des durch die Abänderung zu erreichenden weiteren Erfolges Anordnungen getroffen werden, die sofort vollziehbar sind. Auch wenn sie in dem Aufhebungsurteil mit enthalten sind, müssen sie von seinem eigentlichen Inhalt unterschieden werden". Während also Hellwig nur diese sofort vollziehbaren Anordnungen von dem eigentlichen Inhalte des Urteils unterschieden wissen will, möchte ich diese Forderung auf alle Anordnungen ausdehnen, die die Zwangsvollstreckung betreffen; diese gehören sämtlich nicht zum eigentlichen Inhalte des Urteils. Sie können, wenn sie ursprünglich nicht beantragt waren, also in dem Urteil fehlen, später gesondert, auf bloßen Antrag hin, nachgeholt werden. Ja sie sind direkt ausgeschlossen in den Fällen, in denen das erste Urteil ein Feststellungsurteil oder noch nicht vollstreckbares kondemnatorisches Urteil war.

Hatte der Schuldner den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung mit der Klage verbunden, und ist das zweite Urteil rechtskräftig geworden, oder ist es für vorläufig vollstreckbar erklärt worden, so kann der Schuldner, falls er nicht schon vorher, nach § 769, eine einstweilige Anordnung des Prozeßgerichtes erwirkt hatte, durch Vorlegung einer Ausfertigung der Entscheidung die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung erreichen, da aus ihr hervorgeht, daß die Zwangsvollstreckung (ganz oder teilweise) für unzuläßig erklärt ist (§§ 775 Nr. 1, 770).[17] Nach § 776 ZPO. sind dann zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben.[18]

Das Gesetz spricht im § 775 von vollstreckbaren Entscheidungen, aus denen sich ergebe, daß die Zwangsvollstreckung für unzuläßig erklärt sei. Dies scheint der hier vertretenen Ansicht, daß die Einwandsklage eine negative Feststellungsklage sei, zu widersprechen, da eine negative Feststellungsklage ihrer Natur nach nicht vollstreckbar sein kann. Aber dieses Argument spricht nur gegen die Auffassung der Einwandsklage als negative Feststellungsklage, wenn man sich gleichzeitig auf den Boden derjenigen Meinung stellt, die die Einwandsklage als negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechtes, bezeichnet. Dann bildet der hier von der Klage gesonderte Antrag „die“ Einwandsklage. Die Klage in diesem Sinne wäre also eine vollstreckbare negative Feststellungsklage. Nicht im Wege steht jenes Argument der hier vertretenen Ansicht, die von der reinen Einwandsklage alle die Zwangsvollstreckung betreffenden Anträge sondert, die, mit ihr nur äußerlich verbunden, teils von ihrer erfolgreichen Durchführung (§§ 770, 775, 776), teils in besonderen dringenden Fällen von der Möglichkeit ihrer Durchführung (§ 769) abhängig sind. Ist die reine Einwandsklage erhoben worden, so könnte durch Vorlegung einer Ausfertigung des auf sie ergangenen Urteils keine Einstellung einer Zwangsvollstreckung erreicht werden, denn es würde aus ihr sich weder ergeben, daß das zu vollstreckende Urteil oder dessen vorläufige

---

[17]) a. M. Oetker, Konkursrechtl. Grundbegr. S. 213.

[18]) Fischer und Schaefer zu § 767.

Vollstreckbarkeit aufgehoben ist, noch daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist. (Nur unter Umständen, bei den Einreden der Zahlung oder Stundung könnte der Schuldner nach § 575 Nr. 4 dies erreichen.) Darauf wird es dem Schuldner aber auch gar nicht ankommen, wenn er die reine Einwandsklage erhebt. Denn dies wird er nur tun, wenn das erste Urteil ein Feststellungsurteil oder ein weder rechtskräftiges noch vorläufig vollstreckbares Leistungsurteil ist. Hier kommt im ersten Falle die Vollstreckung überhaupt nicht in Betracht, im zweiten Falle kann das Vollstreckungsrecht nun nicht mehr entstehen. Es genügt also in diesen Fällen die Erhebung der reinen Einwandsklage. Das Gesetz hat, wenn es von vollstreckbaren Entscheidungen spricht, nur die Fälle im Auge, in denen mit der Einwandsklage der Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung verbunden wird. Dann ist die Entscheidung, soweit sie sich nur auf die Einwandsklage bezieht, ebensowenig vollstreckbar wie in den erstgedachten Fällen; dagegen soweit sie sich auf den Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, bezieht, ist sie vollstreckbar in dem Sinne, daß zwar auch jetzt kein verurteilendes Erkenntnis vorliegt, daß aber die Vollstreckbarkeit der Entscheidung sich darin (sozusagen im negativen Sinne) zeigt, daß die Vollstreckungsorgane, die ihr Verhalten von selbst danach richten, was das Gericht über die Vollstreckbarkeit eines Anspruches äußert, nun, nachdem die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, nicht mehr gegen den Schuldner tätig werden.[19])

Der Antrag, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, entspricht also dem Antrage auf Erlaß der Vollstreckungsklausel. Das eine ist so wenig wesentlicher Bestandteil der Klage, auf deren Erfolg sie sich gründet, als das andere. Ist also im Falle des § 767 auf das erste Urteil noch nicht die Vollstreckungsklausel erteilt, so erübrigt sich der Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung. Bleibt der Vollstreckungsanspruch gegen den Staat auch beim Wegfalle der causa — wenn diese nur einmal bestanden hat — zunächst bestehen, so kann doch,

---

[19]) So auch Weismann, Lehrb. Bd. 2 S. 96.

wenn durch ein zweites Urteil festgestellt wird, daß ein durch ein Urteil festgestellter Anspruch nicht mehr besteht, nun ein Anspruch gegen den Staat auf Gewährung seiner Hilfe zur Vollstreckung nicht mehr entstehen. Ein Antrag auf Unzulässigkeitserklärungen der Zwangsvollstreckung erübrigt sich also.

Eine weitere Parallele besteht zwischen dem Antrage, ein Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, und dem Antrage, der nach § 770 ZPO. Voraussetzung für die Erlassung der im § 769 genannten Anordnungen ist.

Die Klage aus § 767 ist, wie schon gesagt, eine Feststellungsklage. Das zur Erhebung einer solchen erforderliche rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung ist stets dann gegeben, wenn gegen den mit der Feststellungsklage Klagenden ein Leistungsurteil vorliegt, das den von ihm bestrittenen Anspruch feststellt.[20]) Hier befindet sich der Schuldner stets in einer bedrohten Lage. Dagegen schließt sich das Oberlandesgericht zu Karlsruhe in seiner in der Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 33 S. 537 f. von Lindt mitgeteilten Entscheidung der Ansicht an, daß es des besonderen Nachweises eines rechtlichen Interesses an der sofortigen richterlichen Feststellung bedürfe, wenn die Klage aus § 767 vor Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben werde. Dem widerspricht Lindt mit dem Hinweis auf die Gefährdung des Schuldners, die darin liegt, daß der Gläubiger jederzeit eine Vollstreckungsklausel erwirken und ohne weiteres Gehör des Schuldners, unter gleichzeitiger Zustellung der Klausel, mit der Vollstreckung beginnen kann. Wer mit der Klage aus § 767 klagen kann, ist also in diesem Falle des besonderen Nachweises des Interesses enthoben.[21])

Dagegen wird man den Nachweis des Interesses dann nicht entbehren können, wenn das erste Urteil ein Feststellungsurteil war. A hat z. B. ein Feststellungsurteil dahin erwirkt, daß ihm gegen B eine Forderung auf 100 Mk. zustehe. Darauf bringt B durch Aufrechnung oder Zahlung die Forderung zum Erlöschen, so daß nunmehr das Urteil nicht mehr der wirklichen Rechtslage entspricht. Es sind also die Vorbedingungen für eine Einwands-

---

[20]) Ebenso Falkmann S. 384.

[21]) vgl. hierzu auch Geib S. 130 f.

klage gegeben. Gibt aber der Gläubiger nicht durch sein Verhalten Veranlassung zur Erhebung der Klage, so besteht für den Schuldner kein Bedürfnis nach Schutz durch die Klage. Denn hier ist der Gläubiger nicht wie in den ersten Fällen imstande, zur Vollstreckbarkeit des ersten Urteils ohne Gehör des Schuldners zu gelangen. Die Klage müßte also wegen mangelnden Interesses an alsbaldiger Feststellung abgewiesen werden.

In den Fällen, in denen ein Leistungsurteil weder rechtskräftig, noch vorläufig vollstreckbar ist, trifft der Grund, der in den übrigen Fällen eines Leistungsurteils den Nachweis eines Interesses überflüssig erscheinen läßt, nicht zu. Und doch wird auch hier stets die Einwandsklage zulässig sein. Hier droht zwar die Zwangsvollstreckung noch nicht unmittelbar, aber falls der Schuldner nicht die höhere Instanz angeht, um seine neuen Einwendungen vorzubringen, wird das Urteil rechtskräftig. Die Klage aus § 767 soll ja aber eben dem Schuldner die Einlegung der Berufung ersparen. Deshalb wird man auch hier die Einwandsklage zulassen müssen, selbst wenn kein besonderes Interesse nachgewiesen wird.

So spielt also die Frage nach der Vollstreckbarkeit des ersten Urteils doch eine Rolle bei der Einwandsklage! Allerdings, jedoch nicht die wichtige, die ihr von der herrschenden Meinung zugewiesen wird, sondern nur die, daß, falls durch sie der Schuldner wenn auch nur entfernt bedroht wird, sich der besondere Nachweis eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung erübrigt.

Unter den Feststellungsklagen nimmt die Klage aus § 767 aber eine Sonderstellung ein. Gemäß dem Charakter des durch sie erzeugten Prozesses als Anhangsprozeß ist ihr der besondere ausschließliche Gerichtsstand[22]) des Prozeßgerichtes 1. Instanz zu-

---

[22]) Die Überweisung der Klage an das Prozeßgericht 1. Instanz findet ihre Begründung in der Erwägung, daß dem Beklagten für die Geltendmachung seiner Einwendungen nicht eine Instanz entzogen werden soll. Die Bestellung dieses Prozeßgerichtes zum ausschließlich zuständigen Gericht erklärt sich daraus, daß der zweite Prozeß materiell eine Fortsetzung des ersten ist (ebenso Reincke S. 636 III a; Hellwig, Anspruch S. 485 f.; RG. Bd. 33 S. 358; Schmidt, Lehrb.; Fischer u. Schäfer zu § 767; Geib S. 127), daß er deshalb am besten und raschesten von dem Gericht erledigt werden wird, das schon einmal in derselben

gewiesen. Außerdem dürfen mit ihr nur Einwendungen vorgebracht werden, deren Gründe erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, und die durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Schließlich muß der Kläger alle Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit der Klageerhebung geltend zu machen imstande ist (§ 767 Abs. 2 u. 3).

Faßt man das Bisherige zusammen, so kann man die Klage aus § 767 bezeichnen als eine prozeßrechtlich besonders gestaltete negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des gänzlichen oder teilweisen Nichtmehrbestehens eines durch Urteil festgestellten Anspruches.[23] Ist aus dem Urteil, durch das der angefochtene Anspruch festgestellt ist, bereits Zwangsvollstreckung zulässig, so kann mit der Einwandsklage der Antrag verbunden werden, die Zwangsvollstreckung aus jenem Urteile für unzulässig zu erklären. Doch sind dann diese beiden Bestandteile der Klage theoretisch genau zu unterscheiden. Mit dem einen Klagebegehren wird die Feststellung des Nichtbestehens eines materiellen Rechtsverhältnisses verlangt, mit dem anderen die Unzulässigkeitserklärung der einem publizistischen, dem Vollstreckungsanspruche, entspringenden Zwangsvollstreckung. Wenn die Zivilprozeßordnung sagt: „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen", so meint sie mit dem „Anspruch selbst" nur den materiellen Anspruch.[24] Deshalb bildet nur jener erste Bestandteil der erweiterten Einwandsklage, nämlich die Bekämpfung des materiellen subjektiven Rechtes des Gläubigers, die Klage aus § 767. Alles andere ist ein Akzedens und charakterisiert sie nicht. Allerdings wird praktisch das Ziel der Klage meist die Bekämpfung der Zwangsvollstreckung sein, doch erreicht kann nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung dieses Ziel nur da-

---

Sache entschieden hat, und daß sich widersprechende Erkenntnisse so am ehesten vermieden werden.

[23]) Ähnlich Falkmann S. 383; Schmidt S. 1012.

[24]) So auch Falkmann S. 383: „Der § 767 spricht nicht von einem publizistischen Vollstreckungsanspruch, sondern von dem durch das Urteil festgestellten Anspruche, der kein anderer sein kann, als die mit der Klage oder Widerklage verfolgte Leistung".

durch werden, daß mit der Klage aus § 767 zunächst einmal der Untergrund des Vollstreckungsrechtes, die fortdauernde Geltung des ersten Urteils zerstört wird.

§ 3.

Die Stellung der Einwandsklage im System, insbesondere ihr Verhältnis zu der Klage aus § 323 ZPO.

Während also der Schuldner zur Geltendmachung derjenigen Einwendungen, deren Gründe vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, sich nur der ordentlichen Rechtsmittel und des Einspruches bedienen kann, sind ihm zur Geltendmachung derjenigen Einwendungen, deren Gründe später entstanden sind, bis zum Rechtskräftigwerden des Urteils bezw. bis zum Eintritte des Prozesses in die Revisionsinstanz zwei Mittel gegeben: einmal die ordentlichen Rechtsmittel, sodann die Klage aus § 767. Nach Eintritt der Rechtskraft oder der Einlegung der Revision kann er sich nur der Klage aus § 767 bedienen (falls nicht vom Revisionsgericht die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen wird, in welchem Falle wieder beide Wege offen stehen). Von dem Augenblicke an, wo der Gläubiger befriedigt ist, steht ihm die allgemeine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (die condictio ob causam finitam) bezw. die Klage auf Schadensersatz zu.

Es sind also drei Momente zu unterscheiden, die drei Perioden trennen, von denen jede in anderer Weise der Geltendmachung von Einwendungen zugänglich ist:

1. Fällung des Urteils.

   Alle Einwendungen sind mit den ordentlichen Rechtsmitteln oder Einspruch geltend zu machen, diejenigen, deren Gründe nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, außerdem auch mit der Klage aus § 767, es sei denn, daß sie noch mit Einspruch geltend gemacht werden können.

2. Eintritt der Rechtskraft bezw. Einlegung der Revision.

Es sind nur noch diejenigen Einwendungen zugelassen, deren Gründe nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

Diese sind mit der Klage aus § 767 geltend zu machen.

3. Befriedigung des Gläubigers.[1])

Es sind nur dieselben Einwendungen zugelassen wie sub 2, sie sind aber jetzt mit einer Klage geltend zu machen, die nicht an die Vorschriften des § 767 gebunden ist.

Die Klagen, die in allen drei Perioden für die Geltendmachung der Einwendungen gegeben sind, deren Gründe nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, verfolgen denselben Zweck. Der Grundgedanke ist überall der, daß die dem Schuldner günstigen Veränderungen in den Umständen für diesen nicht verloren sein dürfen, auch wenn sie erst nach dem Zeitpunkte entstanden sind, auf den das Urteil abgestellt war, vorausgesetzt, daß sie, wenn sie eher entstanden und von den Parteien vorgebracht worden wären, das Urteil beeinflußt hätten.

Durch die Bestimmung des § 767 ist somit einerseits die Anwendbarkeit der gegen den Judikatsanspruch und gegen die aus ihm erfolgte Schädigung des Schuldners sich richtende Klage ausgedehnt auf die Fälle, in denen die der Klage unterfallenden Einwendungen an sich noch mit der Berufung geltend gemacht werden können, in denen also die Klage noch nicht unbedingt nötig wäre. Andererseits gibt der § 767 für die Fälle, die ihm unterfallen, besondere, der allgemeinen Klage wegen veränderter Umstände nicht eigene Formvorschriften: die Beschränkung auf den ausschließlichen Gerichtsstand und das Gebot der Beobachtung der Eventualmaxime.

---

[1]) Der Übersichtlichkeit halber ist die vorläufige Vollstreckbarkeit außer Betracht gelassen worden. Tritt diese dazwischen, so kann dadurch, daß der Gläubiger die Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft beendet, es kommen, daß die im Schema dritte Periode direkt auf die erste folgt. Hingegen fällt bei Feststellungsklagen und bei konstitutiven Urteilen das dritte Moment fort, so daß die durch das zweite Moment geschaffene Möglichkeit bestehen bleibt.

Daß das Gesetz die Anwendbarkeit dieser Formvorschriften nur auf die Fälle des § 767 beschränkt und nicht im allgemeinen auch auf den Fall ausdehnt, daß die Befriedigung des Gläubigers bereits eingetreten ist, läßt sich erklären. Meist wird die Befriedigung des Gläubigers dem ersten Urteile verhältnismäßig rasch folgen, so daß sich aus den oben angestellten Erwägungen die Bestellung des ausschließlichen Gerichtsstandes rechtfertigt. In den Fällen aber, wo die Befriedigung bereits erfolgt ist, wird oft das erste Urteil so weit zurückliegen, daß jene Formvorschrift ihren Zweck nur noch selten erfüllen, dagegen häufig, z. B. wenn die Parteien vielleicht ihren Wohnsitz gewechselt haben, eine unnötige Belästigung für die Parteien bilden würde.

Erkennt man an, daß der § 767 nur besondere Fälle der Klage wegen veränderter Umstände regelt, so liegt der nahe innere Zusammenhang mit § 323 ZPO. auf der Hand.[2]) Der Grundgedanke auch dieses Paragraphen ist der, daß gegen ein Urteil ein Hilfsmittel gegeben werden muß, wenn die Entscheidung dadurch ungerecht geworden ist, daß sich die Umstände, auf Grund deren das Urteil gefällt worden ist, nach dem Zeitpunkte, der dem Urteile zugrunde gelegt ist, geändert haben. Es ist dies der die Rechtswirkung einschränkende Grundsatz: Nach dem Urteile eintretende Veränderungen der Verhältnisse werden von der Rechtskraft nicht ergriffen.[3]) Es ist also der gleiche Gedanke, der sowohl dem § 767 wie dem § 323 zugrunde liegt, den man auch ohne diese im Gesetze gegebenen Anwendungsfälle anerkennen müßte.[4])

Die Klage aus § 767 gehört also mit der Klage aus § 323 und der Nichtigkeits- und Restitutionsklage zu den Rechtsbehelfen, mit denen materiell ungerechte Entscheidungen — mögen sie von

---

[2]) vgl. auch Neukamp S. 732.

[3]) Schwartz, Das Billigkeitsurteil S. 88 f.

[4]) Ebenso Schwartz S. 51 f., 57, 69: „Ändert sich nach der rechtskräftigen Feststellung auf den entscheidenden Zeitpunkt Bestand oder Nichtbestand, Umfang oder Anspruch, so steht der Streiterneuerung nichts entgegen, es mangelt ja nunmehr an der obersten objektiven Voraussetzung einer Rechtskraftwirkung: die Ansprüche im früheren und im neu erhobenen Streite sind nicht identisch“.

vornherein ungerecht sein oder mögen sie dies erst geworden sein — unwirksam gemacht werden können, die also nötig sind, um

> „unbeschadet des Ziels, den entschiedenen Prozeß endgültig beendet sein zu lassen, es verhindern, daß in größerem Maße dem Rechte das Unrecht substituiert wird, als dieses durch jenen Zweck unbedingt gefordert wird.[5])

Die Klage des § 323 tritt, genau wie die des § 767, in Konkurrenz mit den Rechtsmitteln, aber nicht mit dem Einspruche (§ 323 Abs. 1).[6])

Der § 767 ist insofern der allgemeinere, als er, wie oben gesagt, sich sowohl auf Feststellungs- als auch auf Leistungsurteile, dagegen § 323 nur auf Leistungsurteile und unter diesen nur auf Verurteilungen zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen bezieht.

Indessen bietet die Bestimmung des Verhältnisses, in dem die beiden Paragraphen zueinander stehen, Schwierigkeiten. Die Anwendung der Formvorschriften über den ausschließlichen Gerichtsstand beim Prozeßgericht 1. Instanz und über die Eventualmaxime beim Vorbringen der Einwendungen auf den § 323 sind ganz sicher vom Gesetz nicht gewollt. Es zeigt sich der Nachteil der falschen Stellung des § 767. Hätte man diesem seine Stelle neben dem § 323 (die für ihn passende Stelle) angewiesen, so wäre man genötigt gewesen, die Vorschriften beider Paragraphen in den nötigen Einklang zu bringen, dazu Stellung zu nehmen, ob die Verfahrensvorschriften des § 767 auf den § 323 Anwendung finden oder ob sie ganz in Wegfall kommen sollten. Das letztere schlägt Schwartz in seinem Billigkeitsurteile vor. An sich bestände kein Grund, die Sondervorschriften des § 767 nicht auch in den Fällen des § 323 anzuwenden. Die ratio legis, die sie in dem einen Falle berechtigt erscheinen läßt, trifft auch im anderen zu.

In der zu erzielenden Wirkung besteht scheinbar zwischen den beiden Paragraphen der Unterschied, daß die Klage aus § 767, wie oben bereits auseinandergesetzt, ein neues Urteil verlangt,

---

[5]) Fischer, Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft S. 158.

[6]) vgl. Seuffert Bd. 1 Anm. 5b zu § 323.

das nur das Nichtmehrbestehen des in dem ersten — an sich unberührt bleibenden — Urteile festgestellten Anspruches aussprechen soll, während die Klage aus § 323 auf Abänderung des ersten Urteils geht, also kein zweites selbständiges, sondern sozusagen ein Zusatzurteil zu dem ersten verlangt. Doch lassen sich aus der Verwendung des Wortes „Abänderung“ im § 323 keine Schlüsse auf einen damit ausgedrückten grundlegenden Unterschied ziehen. So sagt auch Schwartz S. 73, daß „dem Ausdrucke ‚Abänderung des Urteils‘ an dieser Stelle besondere technische Bedeutung nicht beigelegt werden kann“. Daß das Gesetz hier diesen ungenauen Ausdruck gebraucht, läßt sich erklären aus der besonderen Art der in Betracht kommenden Urteile auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen. Für die in jedem Leistungsurteile, also auch in der Verurteilung zu wiederkehrenden künftig fällig werdenden Leistungen, enthaltene Feststellung eines Anspruches des Klägers gegen den Beklagten stützt sich der Richter ausschließlich auf die für den strittigen Anspruch wichtigen Tatsachen, wie sie ihm zur Zeit der Urteilsfällung vorliegen. Das gleiche gilt meist auch für die Abmessung der Leistung, die dem Beklagten in einem gewöhnlichen Leistungsurteile aufgegeben wird, dagegen gewöhnlich nicht, wenn es sich um die Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen handelt. Hier wird der Richter meist nicht nur die gegenwärtig gegebenen Verhältnisse ohne weiteres seinem Urteile zugrunde zu legen haben, sondern er wird aus ihnen seine Schlüsse für die Zukunft ziehen und diese bei seinem Urteil berücksichtigen müssen.[7]) Das gewöhnliche Leistungsurteil sieht nicht in die Zukunft. Seine unmittelbare Wirkung ist erschöpft mit dem Augenblicke, in dem seinem Leistungsgebote genügt worden ist. Anders das Urteil auf Bewirkung künftig fällig werdender wiederkehrender Leistungen. Die Gründe, die den Anspruch auf seine Erlassung erzeugen, sind nicht geeignet, durch eine einmalige Leistung beseitigt zu werden. Sie werden für die Zukunft bestehen. Wie lange sie aber (z. B. die Bedürftigkeit eines zu Alimentierenden, die Arbeitsunfähigkeit eines Verletzten) und in welchem Umfange sie bestehen werden,

---

[7]) vgl. Schwartz S. 72.

läßt sich mit Sicherheit nicht voraussagen. Deshalb ergeht ein solches, seine unmittelbare Wirkung auch in die Zukunft erstreckendes Urteil sozusagen unter der stillschweigenden Bedingung, daß die Umstände in Zukunft so sind, wie der Richter bei der Fällung des Urteils vermutet hatte.[8]) Ein solches Urteil ist also gewissermaßen auf eine Änderung in den ihm zugrunde liegenden Verhältnissen eingerichtet und ermöglicht durch die Art seines Leistungsbefehles eine bequeme Anpassung an die wirklichen Verhältnisse.[9]) So läßt es sich erklären, daß § 323 von einer Abänderung des Urteils spricht, während doch nicht zuzugeben ist, daß ein rechtskräftiges Urteil — außer in den engen Schranken der Wiederaufnahme des Verfahrens — abgeändert werden kann.

Die „Abänderung“ kann wieder nur durch Urteil erfolgen, das man als Zusatzurteil bezeichnen könnte. Es würde z. B. etwa wie folgt gefaßt werden können: A ist schuldig, dem B an Stelle der ihm im Urteil vom . . . auferlegten jährlich pränumerando zu leistenden Zahlung von 500 Mk. jährlich pränumerando 700 Mk. zu zahlen.

Das zweite Urteil ändert also den Umfang des im ersten Urteil festgestellten Anspruches oder erklärt ihn als nicht mehr bestehend, durchbricht also nur die materielle Rechtskraft und unterscheidet sich insoweit in seiner Wirkung nicht von einem Urteil, das auf eine Klage ergeht, die sich auf § 767 stützt. Beide sprechen aus, daß ein in einem über dieselbe Sache früher ergangenen Urteile festgestellter Anspruch nicht mehr oder nicht mehr im alten Umfange besteht. Der Unterschied ist nur der, daß mit der Klage aus § 323 außer der Beseitigung und Einschränkung des Anspruches auch eine Erweiterung seines Umfanges vom Berechtigten verlangt werden, daß also die Klage aus § 323 zu einem Leistungsurteil führen kann, während dies mit der Klage aus § 767 nicht möglich ist.

---

[8]) Nur ist diese stillschweigende Bedingung keine Eigentümlichkeit des Urteils aus § 323. Sie liegt vielmehr ähnlich in jedem Leistungs- oder Feststellungsurteil. Jedoch wird sie an dem Urteile auf wiederkehrende Leistung deutlicher als an diesem. Es soll also mit der im Text gemachten Unterscheidung kein theoretischer Unterschied zwischen den Klagen in bezug auf ihr Wesen festgestellt werden. Vgl. auch Schwartz S. 69 f.

[9]) Schwartz ebenda.

Es braucht also darauf kein Gewicht gelegt zu werden, daß das Gesetz im § 323 von einer Abänderung des Urteils spricht. Es ist dies ein Sprachgebrauch, der sich vielleicht aus der oben ausgeführten Erwägung halten, aber zur Konstruierung und Kennzeichnung eines theoretischen Unterschiedes zwischen der Klage aus § 323 und der aus § 767 nicht brauchen läßt.

A. M. ist Langheineken, Urteilsanspruch S. 261:

> „Das mit dieser Klage zu erreichende Urteil tangiert nicht die unabhängig vom Ersturteile und vor diesem bestehende materielle Verpflichtung (diese kommt hier als Gegenstand der Abänderung gar nicht in Betracht), sondern richtet sich gegen das Ersturteil selbst und mittelbar auch gegen die in diesem gesetzte Verpflichtung, soweit sich das Urteil als inhaltlich objektiv ungerechtes herausgestellt hat“.

Ähnlich Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 167:

> „Das die Klage aus §§ 323, 324 ZPO. von der Vollstreckungsgegenklage . . . unterscheidende Moment liegt darin, daß die letztere die Richtigkeit des Urteils für die Zeit seiner Fällung nicht in Frage stellt, während die auf § 323 gestützte Klage auf Änderung des Urteils geht, weil die von dem Richter als wahrscheinlich vorausgesetzte Gestaltung der Zukunft nicht eingetreten ist“.

Dem widerspricht auch Schwartz S. 73:

„Die ‚Richtigkeit‘ des ersten Urteils komme gar nicht in Frage“. Auch das Urteil auf eine Klage aus § 323 „stelle sich erst infolge der nachträglich eingetretenen ‚wesentlichen Änderung der Verhältnisse‘ als ein nunmehr ‚inhaltlich objektiv-ungerechtes‘ heraus“.[10])

A. M. ist ferner Kisch. Er sagt in seiner Urteilslehre, daß im Falle des § 767 das Urteil nur in seiner Vollstreckungsfunktion, dagegen im Falle des § 323 unmittelbar in seiner Rechtsprechungsfunktion geändert werde. Daß ich weder das eine noch das andere zugeben kann, ist bereits gesagt.

---

[10]) vgl. auch Hellwig, Anspruch S. 176 Anm. 47.

Richtig ist dagegen die Bemerkung von Kisch, daß das Urteil im Falle des § 767 rein negative Bedeutung, dagegen bei der Klage aus § 323 einen positiven Inhalt habe. Das hat aber seinen Grund nicht darin, daß die beiden Klagen einen wesentlich verschiedenen Charakter haben, sondern darin, daß der § 767 allein dem Schuldner, die Klage aus § 323 dagegen sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger zusteht. Deshalb trifft die Unterscheidung auch nur in bestimmten Fällen zu, nämlich nur dann, wenn der Gläubiger klagt.

Man muß also den § 323 zur Feststellung seines Verhältnisses zum § 767 in seine beiden Anwendungsfälle zerlegen. Er gewährt einmal dem Schuldner die Möglichkeit, den Umfang oder das Bestehen des im ersten Urteil festgestellten Anspruches anzufechten, sodann dem Gläubiger die Möglichkeit, den Umfang des festgestellten Anspruches zu erweitern. Im ersten Falle finden wir einen Sonderfall der Klage aus § 767, also eine negative Feststellungsklage. Einen Sonderfall insofern, als der § 323 für die Fälle, in denen vom Richter der Beklagte zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen verurteilt worden ist, die Anwendbarkeit der prozessualen Vorschriften des § 767, soweit sie den ausschließlichen Gerichtsstand und die Eventualmaxime betreffen, ausschließt. Soweit dagegen der § 323 die Klage wegen veränderter Umstände dem Gläubiger gewährt, führt er zu einer Leistungsklage, bildet also keinen Sonderfall des § 767.

Gegen diese Auffassung des Verhältnisses der beiden Paragraphen zueinander spricht sich aus Langheineken (Urteilsanspruch S. 262):

> „Die beiden Klagen sind grundverschieden, sowohl bezüglich ihres allgemeinen Charakters (die eine ist Bewirkungsklage, die andere ist Feststellungsklage), als auch bezüglich des unterliegenden Tatbestandes“.

Dem kann ich aus den eben dargelegten Gründen nicht zustimmen.

Die allgemeine, im Gesetze nicht besonders geregelte Klage wegen veränderter Umstände[11]) sowie die Vorschriften der §§ 767

---

[11]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 § 29 Nr. 11; Schwartz S. 51 f., 81 f.

und 323 bilden also ein System von General- und Spezialvorschriften. Die Klage des § 767 und die des § 323, soweit sie sich auf Einwendungen des Gläubigers bezieht, sind Unterarten der allgemeinen Klage. Dagegen bildet § 323, soweit er sich auf Einwendungen des Schuldners bezieht, einen Sonderfall von § 767. Was nun die rechtliche Natur der Klagen betrifft, so handelt es sich in den Fällen der allgemeinen Klage stets um Leistungsklagen. Denn wenn das erste Urteil ein Feststellungs- oder ein Leistungsurteil war, das noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat, so greift schon die Sondervorschrift des § 767 ein. Die Klage aus § 767 ist stets negative Feststellungsklage, ebenso die gemäß § 323 vom Schuldner erhobene Klage.[12]) Endlich werden die gemäß § 323 vom Gläubiger erwirkten Urteile stets Leistungsurteile sein.

Sind also einem Gläubiger Nachforderungen entstanden, die über einen durch Urteil festgestellten Anspruch hinausgehen (mag dieser bereits erloschen sein oder nicht), so steht dem Gläubiger eine Klage wegen veränderter Umstände offen. Ging der Anspruch auf künftig fällig werdende Leistungen, so kann der Gläubiger nur unter Beobachtung der Vorschriften des § 323 klagen. Will aber der Schuldner Einwendungen gegen den Judikatanspruch erheben, so bindet ihn § 767 an die Beobachtung gewisser Vorschriften. Wird von ihm im letztgedachten Falle die Einschränkung eines Anspruches auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen verlangt, so entbindet § 323 ihn wieder von einigen dieser Vorschriften (Gerichtsstand und Eventualmaxime).

Trifft also die Klage aus § 767 mit der aus § 256 zusammen, so schließt die Bestimmung des § 767 als die spezielle die des § 256 aus. Dies ergibt sich schon aus der hier gegebenen Definition der Einwandsklage als einer prozeßrechtlich besonders gestalteten Feststellungsklage. Damit ist auch die vom Reichsgericht[13]) ausgesprochene Ansicht zurückzuweisen, daß

> „neben der Feststellungsklage im Gerichtsstande des § 767 auch diejenige im gewöhnlichen Gerichtsstande auf Grund

---

[12]) Diese beiden Klagen, die also dieselbe rechtliche Natur haben, unterliegen prozessualen Sondervorschriften, die sich nur zum Teil decken.

[13]) Seufferts Arch. Bd. 59 S. 77.

des § 256 zuzulassen sei, sofern sie auf die Feststellung beschränkt wird, daß die Forderung aus dem Schuldtitel nicht mehr bestehe, nicht auch verlange, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde".

Das Reichsgericht verkannte also, daß die von ihm gemeinte Klage aus § 256 die Voraussetzungen der Klage aus § 767 erfüllt, also an die für diese gegebenen Vorschriften gebunden sein muß.[14]

Deshalb verweist auch Falkmann (S. 355) zu Unrecht den auf eine Feststellungsklage hin Verurteilten, der die Leistungsklage des Gläubigers nicht abwarten will, auf die Feststellungsklage aus § 256, während auch hier schon der § 767 eingreift.

Zu bemerken ist noch, daß auch mit Hilfe einer Ausfertigung des auf die Klage aus § 323 ergehenden Urteils, genau wie im Falle der Einwandsklage, nach § 775 Nr. 1 die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung, nach § 776 die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln erreicht werden kann. Seuffert spricht dies in Anm. 6 f. zu § 323 aus, sagt aber in Anm. 2 zu § 767, daß der Schuldner, wenn die Bedingungen zu einer Klage aus § 323 begeben seien, mit Hilfe der Widerspruchsklage aus § 767 die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bekämpfen könne: „Denn die Widerspruchsklage begehrt nicht wie die Änderungsklage eine Abänderung des Urteils, sondern die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem unveränderten Urteil". Dies trifft beides nicht zu. Der Zweck beider Klagen ist vielmehr derselbe, und mit Hilfe beider Klagen kann auch, wenn sie vom Schuldner erhoben werden, die Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung erreicht werden. Die Möglichkeit, die Klage aus § 323 zu erheben, steht der Erhebung der Klage aus § 767 entgegen.

§ 4.

Sonstige Erklärungsversuche.

Die hier vertretene Ansicht über das Wesen der Einwandsklage ist nicht die herrschende. Wie schon erwähnt, wird in der

---

[14]) Der Ansicht des RG. und Falkmanns sind auch Kuttner (S. 210) und Peters (zu § 767).

Literatur fast ausnahmslos die Einwandsklage in notwendige Beziehung zur Zwangsvollstreckung gestellt. So Kleinfeller S. 238: „Keine Ausnahme von der Rechtskraft begründet § 767, welcher nur die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung betrifft". Reincke zu § 767 III Abs. 1, 3 a: „Den Klaganspruch (bildet) das Verlangen nach Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung". Wenn dies auch „in der Regel" (wie Reincke selbst vorher I Abs. I, II gesagt hat) der Fall sein wird, indem von diesem Antrage der Antrag auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des Leistungsanspruches umfaßt wird, so trifft es doch nicht stets zu. Deshalb ist diese Kennzeichnung des Klageantrages nicht richtig. David in der Zeitschr. f. deutschen Zivilpr. Bd. 20 S. 431: „Bei der Vollstreckungsgegenklage (handelt es sich) nach Wortlaut und Zweck des Paragraphen nur um Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung ... und der Schuldner (greift) durch sie stets nur gegen ihn gerichtete Vollstreckungshandlungen an". Ebenso Kuttner S. 226: „Die Vollstreckungsgegenklage gehört ... ausschließlich dem Zwangsvollstreckungsrecht an. S. 209: Die Richtung auf die Verneinung des dem Urteil entsprossenen Vollstreckungsrechtes ist ihr (der Klage aus § 767) wesentlich. Seuffert sagt S. 382 am Ende: „Daß die Möglichkeit auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu klagen nicht ausschließe, daß der Schuldner auf Feststellung des Nichtmehrbestehens des im ersten Urteil festgestellten Anspruches klage. Dann komme aber der Gerichtsstand des § 767 nicht in Betracht". Nach Petersen (Bd. 2 S. 377) findet die Klage überall da Anwendung, wo eine Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne denkbar ist. Planck sagt S. 699, der Besiegte verlange mit der Einwandsklage „rechtliches Gehör über seine den im Urteil festgestellten Anspruch betreffenden Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung" (ähnlich S. 702). Endemann (Bd. 3 S. 168 Anm.): Die Klage aus § 686 „hat nur den Zweck, die Vollstreckung zu hindern". Flechtheim (bei Busch Bd. 25 S. 429 ff.): „Das zusprechende Urteil erklärt die betreffenden Vollstreckungsmaßregeln für unzulässig". Das Reichsgericht v. 27. 2. 1889 (Seufferts Arch. Bd. 44 Nr. 336) nimmt an, daß Vorbedingung für die Erhebung der Klage aus § 767 sei, daß mit der Klage der Anspruch auf Ein-

stellung oder Aufhebung einer Zwangsvollstreckung verfolgt wird. Neukamp S. 733: „Die Klage muß darauf gerichtet werden, die Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil (ganz oder in Höhe eines bestimmten Betrages) für unzulässig zu erklären".[1]) Dementsprechend bildet nach der herrschenden Meinung das zugrundeliegende materielle Rechtsverhältnis nur mittelbar den Gegenstand des zweiten Rechtsstreites. So sagt z. B. Weismann Bd. 2 S. 96:

> „Allerdings handelt es sich bei der Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage darum, ob der zu vollstreckende Leistungsanspruch vorhanden ist oder nicht, aber darum bildet dieser doch nicht den — unmittelbaren — Gegenstand des Rechtsstreites".

Die folgende Begründung:

> „Denn die Klage geht vom Schuldner aus und der Gläubiger ist bereits im Besitze einer Vollstreckungsmacht, die es gilt ihm zu entwinden"

reicht nicht aus. Wie oben ausgeführt, gehört zu den Bedingungen für die Erhebung einer Einwandsklage nicht die Möglichkeit auf seiten des Gläubigers, die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Der zu vollstreckende Leistungsanspruch bildet tatsächlich den unmittelbaren Streitgegenstand. Dafür spricht auch, daß das Gesetz im § 769 von dem Urteile „über die in den §§ 767, 768 bezeichneten Einwendungen" und im § 770 von „dem Urteile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird", spricht.[2]) Nur mittelbar wird entschieden über die den einzelnen Einwendungen zugrunde

---

[1]) Ähnlich auch: Wilmowski u. Levy Anm. 1 u. 3 zu § 686; Struckmann u. Koch Anm. 2 zu § 767; Gaupp-Stein Anm. 1 u. 3 zu § 767; v. Bülow Anm. V zu § 686; Sydow-Busch Anm. 4 zu § 767; Fitting S. 703; Förster Bd. 2 S. 411; Weismann, Lehrb. Bd. 2 S. 96; Hellmann S. 831; Hellwig, Anspruch S. 166 Anm. 12 u. S. 492; Kohler bei Busch Bd. 24 S. 5ff.; Kohler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 81 S. 145, 72, 14ff., 16f.; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 213, 580f.; Hommel S. 21, 25, 37; Kappes S. 27f.; Abraham S. 2; Stein bei Busch Bd. 24 S. 223ff.; Peters zu § 767; Flechtheim bei Busch S. 429; Balog bei Grünhut Bd. 32 S. 163.

[2]) vgl. Falkmann S. 398.

liegenden Rechtsverhältnisse. Diese nehmen also den Platz ein, der von der herrschenden Meinung dem durch das erste Urteil festgestellten Anspruche zugewiesen wird. Die Vollstreckbarkeit, die nach der herrschenden Meinung der unmittelbare Streitgegenstand ist, bildet weder mittelbar noch unmittelbar den Streitgegenstand, sondern ist nur ein Ausfluß der Wirkung des Urteils zwischen den Parteien, ein Recht, das aus dem obsiegenden Urteile dem Kläger in ähnlicher Weise zusteht, wie das Recht auf Vollstreckung dem Sieger aus einem sonstigen Urteile, das einer Vollstreckung zugänglich ist. Wie in dem einen Falle das Recht auf Zwangsvollstreckung nicht entstehen kann, wenn aus dem Urteile eine Vollstreckung nicht möglich ist, so kann in dem anderen Falle ein Widerspruchsrecht gegen die Vollstreckung nicht entstehen, wenn aus dem ersten Urteile noch keine Zwangsvollstreckung möglich ist.

Der Ansicht, daß das materielle Rechtsverhältnis der unmittelbare Streitgegenstand ist, widersprechen weiter Hellwig, Anspruch S. 485; Kleinfeller S. 627. Gaupp-Stein sagt S. 481 zur Begründung der Auffassung, daß die Einwandsklage keine Feststellungsklage in bezug auf den materiellen Anspruch sei:

> „Die negative Feststellungsklage des materiellen Anspruches ... (ist) für den praktischen Zweck der Vollstreckungsklage weder erforderlich noch genügend".

Dies ist richtig vom Standpunkte Gaupp-Steins und der herrschenden Meinung, aber unzutreffend, sobald man den praktischen Zweck der Einwandsklage nicht ausschließlich in der Abwendung der Zwangsvollstreckung sucht, sondern dem § 767 in dem hier vertretenen Sinne eine allgemeine Bedeutung beilegt. Dann ist die negative Feststellung des materiellen Anspruches stets erforderlich und in einigen Fällen genügend.

Ist die Literatur insoweit, als es sich um die Beziehung der Einwandsklage auf die Zwangsvollstreckung und um die Zurückweisung der Ansicht handelt, daß das materielle Rechtsverhältnis unmittelbarer Streitgegenstand sei, einig (mit Ausnahme von Falkmann, Fischer, Geib und Schwartz), so zerfällt sie doch bei der positiven Feststellung, was denn nun die Klage aus § 767 ihrer rechtlichen Natur nach sei, in mehrere Meinungen.

Ein kurzer Rückblick wird den Ursprung dieser Differenzen klarlegen.

Nach dem oben Ausgeführten muß die Einwandsklage, genau genommen, stets die Feststellung des Nichtmehrbestehens oder nur noch beschränkten Bestehens des im ersten Urteile festgestellten Anspruches fordern. Ist aus dem ersten Urteile bereits Vollstreckung zulässig, so kann zur Beseitigung der Vollstreckbarkeit außerdem der Antrag gestellt werden, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Hat der Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung bereits teilweise Befriedigung erlangt, so kann der Schuldner bei gleichem Gerichtsstande mit der Einwandsklage die Bereicherungsklage verbinden. Im letzten Falle ist es wohl deutlich, daß keine einheitliche Klage vorliegt.[3]) Daß wir auch in den anderen beiden Fällen, in denen es sich um Zwangsvollstreckung handelt, nicht mehr die reine Einwandsklage vor uns haben, wird mit sehr wenigen Ausnahmen in der Literatur nicht anerkannt. Vielmehr werden diese Anwendungsfälle als „die" Einwandsklage bezeichnet, und der Mannigfaltigkeit der Fälle entsprechend wird die Klage nun ihrer rechtlichen Natur nach bald als Feststellungsklage, bald als condictio, bald als Leistungsklage, bald als prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil, bald als Klage auf ein Urteil bezeichnet, das einem Prozeßakte eine bestimmte prozessuale Wirkung entziehen soll.

Langheineken (Der Urteilsanspruch S. 171 ff.) hält die Klage aus § 767 für eine negative Feststellungsklage, die die „Nichtexistenz eines vom Beklagten (Exekutionsgläubiger) in Anspruch genommenen Vollstreckungsrechtes geltend macht. Das auf die Klage ergehende Urteil sei „ein rein deklaratorisches", die Klage aus § 767 unterscheide sich von der Feststellungsklage aus § 256 hauptsächlich durch den Gegenstand. Dies ist nicht richtig. Die Klage aus § 767 geht auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruches, worauf die Feststellungsklage aus § 256 auch gehen kann.

---

[3]) So Seuffert Bd. 2 S. 384; Endemann Bd. 3 S. 169 Anm.; Gaupp-Stein Anm. III zu § 767; Planck S. 702. Dagegen Förster Bd. 2 S. 421; Wilmowski-Levy zu § 686; v. Sarwey Bd. 2 S. 145; Reincke Anm. I Abs. 1, 2 zu § 767; Petersen S. 380.

Auch nach Gmelin (Die Vollstreckbarkeit S. 38) ist die Klage aus § 767 darauf gerichtet, festzustellen, daß die Vollstreckung aus dem ersten Urteile nicht mehr statthaft sei.

Bunsen (Zwangsvollstreckung S. 57) sagt: „Die Klage ... bezweckt, die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der erteilten Vollstreckungsklausel durch Urteil festzustellen“.

Seuffert (zu § 767 Nr. 1 a): „In der Klage wird ... die Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechtes (der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung) verlangt. Die Klage ist sonach eine negative Feststellungsklage“.

Diesen Meinungen schließt sich das Reichsgericht insofern an, als es die Erhebung der Einwandsklage als Feststellungsklage dann als zulässig erklärt hat, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat (Bd. 38 S. 426).[4]

Kisch hält wenigstens de lege ferenda eine Feststellungsklage im vorliegenden Falle nicht für theoretisch ausgeschlossen (S. 166).

Stimmen also diese Autoren mit der hier vertretenen Ansicht darin überein, daß sie die Klage aus § 767 als eine negative Feststellungsklage definieren, so nehmen sie doch im übrigen den Standpunkt der herrschenden Meinung ein. Von diesem aus ist es aber gar nicht angängig, die Einwandsklage als negative Feststellungsklage zu bezeichnen. Denn nach der herrschenden Meinung richtet sich die Klage nur darauf, die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. Die Vollstreckung ist aber bis zu dem zweiten Urteile rechtmäßig und zulässig.[5] Wenn also das Urteil überhaupt in betreff der Vollstreckbarkeit etwas feststellen wollte, so könnte es nur feststellen, daß die Vollstreckung bisher zulässig war.

So sagt auch Weismann in seinem Lehrbuche Bd. 2 S. 96, die Einwandsklage habe zwar eine „äußere Ähnlichkeit mit einer negativen Feststellungsklage insofern, als formell ihr Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gerichtet

---

[4]) Ähnlich auch Hommel S. 39; Hellmann S. 831; Flechtheim bei Busch Bd. 25 S. 429 ff.

[5]) Gaupp-Stein Anm. 1 zu § 767 S. 481; ebenso Kisch S. 167.

ist", sie sei aber keine Feststellungsklage im Sinne des § 256. Seine Begründung, „denn es kommt dem Schuldner nicht auf eine bloße Feststellung als solche an, sein Interesse geht auf Abwendung der Zwangsvollstreckung", läßt aber die Auffassung zu, daß immerhin eine Feststellungsklage über das Nichtbestehen des Vollstreckungsrechtes denkbar wäre, während die Einwandsklage, wie sie von der herrschenden Meinung aufgefaßt wird, doch aus logischen Gründen niemals als negative Feststellungsklage bezeichnet werden kann.

Dagegen ist die Einwandsklage, so wie sie hier in Übereinstimmung mit Falkmann und auch in dieser Beziehung mit Schmidt aufgefaßt wird, eine echte Feststellungsklage. Der materielle Anspruch besteht zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr. Dies wird festgestellt.

Seuffert führt deshalb unter den Schriftstellern mit gleicher Meinung Falkmann und Schmidt ohne Recht an.

Als Leistungsklage wird die Einwandsklage in gewissen Fällen bezeichnet von Reincke S. 635: „Unter Umständen kann auch die Erstattung des schon Geleisteten ... in Frage kommen. Es wird sich daher ... mitunter auch um eine Leistungsklage handeln". Nach Gmelin (Vollstreckbarkeit S. 38) wird die Klage aus § 767 zu einer Leistungsklage, sobald die Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteile bereits begonnen hat. Ebenso lassen die Einwandsklage unter Umständen zu einer Leistungsklage werden Kleinfeller S. 672, Kappes S. 28, Wilmowski-Levy S. 784 zu § 686.

Dagegen ist zu sagen, daß die Klage aus § 767 einen durchaus defensiven Charakter hat.[6]) Es kann mit dieser Klage nie eine Leistung verlangt werden.

Ebenso leugnet Endemann Bd. 3 S. 168, daß die Einwandsklage zugleich Rückerstattung des Geleisteten erzielen kann. Gegen die Bezeichnung der Einwandsklage als Leistungsklage wendet sich auch Falkmann S. 383:

> „Den Gegenstand des neuen Verfahrens bilden die dem Schuldner nachträglich gegen den Judikatsanspruch er-

---

[6]) So auch Langheineken S. 183.

wachsenden Einwendungen". Eine solche Einwendung könne den Schuldner nicht berechtigen, von dem Gläubiger eine Leistung zu fordern. Deshalb könne die Klage aus § 767 keine Leistungsklage sein.

Ebenso Hellwig, Anspruch S. 485: „Eine Verurteilung des Beklagten findet nicht statt".

Oetker (Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 213 u. 580 f.) und Pagenstecher (Rechtskraft S. 374 f.) bezeichnen die Klage als condictio sine causa. Dies ist unzutreffend, wenn man auf dem hier vertretenen Standpunkte steht, daß die Klage die Feststellung des Nichtmehrbestehens eines richterlich festgestellten Anspruches verlangt. Doch auch vom Standpunkte der herrschenden Meinung ist die Erklärung der Klage als einer condictio nicht befriedigend. Mit diesem Begriffe des römischen Rechts lassen sich gewisse Erscheinungen des modernen Prozeßrechts (wie z. B. gewisse Erscheinungsformen der Vollstreckungsgegenklage, wie sie von der herrschenden Meinung aufgefaßt wird) zwar kennzeichnen, aber nicht ausreichend ihrer rechtlichen Natur nach definieren. Das moderne Prozeßrecht kennt technisch keine condictio mehr. Diese Klage fällt heute unter die große Gruppe der Leistungsklagen, ohne innerhalb dieser eine technisch besonders charakterisierte Gruppe zu bilden. Denn aus welchem Grunde etwas gefordert wird, ob aus einem Vertrage, oder aus einer unerlaubten Handlung, oder aus einer ungerechtfertigten Bereicherung, macht für die prozessuale Kennzeichnung der betreffenden Klage nichts aus. Es geht aber, auch wenn man annimmt, daß die Klage aus § 767 sich ausschließlich gegen die Vollstreckung richtet, nicht gut an, diese Klage als condictio bezw. als Leistungsklage zu bezeichnen, wenn die Vollstreckung noch gar nicht begonnen hat.[7] Es wird aber gleichzeitig von Pagenstecher und Oetker, den Hauptvertretern der Meinung, daß die Klage eine condictio sei, zugegeben, daß die Klage schon zulässig ist, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat.[8]

---

[7] Hommel S. 24.

[8] Ebenso mit anderer Begründung Falkmann S. 382 f.

Gaupp=Stein bezeichnet die Einwandsklage als „eine prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil mit rückwirkender Kraft“. Auf den Widerspruch, in den Gaupp=Stein hiermit gerät, da er gleichzeitig als Ziel der Einwandsklage die Beseitigung der Vollstreckbarkeit erklärt, ihre Zulässigkeit aber auf die Zeit bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung beschränkt, weist Geib S. 135 hin. Diese Voraussetzungen lassen sich in der Tat nicht vereinigen. Legt man einmal der Einwandsklage diese auch auf die zurückliegenden Zwangsvollstreckungshandlungen wirkende Kraft bei, so ist nicht zu ersehen, warum diese Kraft der vollendeten Zwangvollstreckung gegenüber gebrochen werden sollte.

Die Ansicht, daß die Einwandsklage eine prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil sei, wird außer von Gaupp=Stein (zu § 767 Nr. 1) vertreten von Kisch, Urteilslehre S. 165 ff.; Balog bei Grünhut Bd. 34 S. 162 f.; Pagenstecher, Rechtskraft S. 374 und bei Gruchot Bd. 50 S. 280 f.; Petersen=Anger zu § 767 Anm. 1, 2.

Weismann, Lehrb. Bd. 2 S. 97 erklärt die Klage für eine Klage eigener Art, für einen eigentümlichen, auf Abwehr der Zwangsvollstreckung gerichteten Prozeßbehelf, dem die Form der Klage gegeben ist.

Planck bezeichnet S. 699 die Klage ihrer rechtlichen Natur nach als „Erhebung eines Prozeßrechtsanspruches des Besiegten“.

Eine Mittelstellung zwischen der herrschenden und der hier vertretenen Meinung nimmt Hellwig in seinem Anspruch und Klagrecht ein. Er verlangt zwar wie die herrschende Meinung als Voraussetzung für die Erhebung der Einwandsklage stets das Bestehen eines Vollstreckungsrechts, er faßt aber den Begriff dieses Vollstreckungsrechts sehr weit und hält nicht nur das durch die Erteilung der Vollstreckungsklausel erworbene Recht auf Zwangsvollstreckung für ausreichend (das äußerste, was die herrschende Meinung zugesteht), sondern schon das Recht auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Hellwig läßt also die Einwandsklage stets zu, wenn ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Leistungsurteil vorliegt. So will zwar Hellwig die Vorschrift des § 767 aus dem 8. Buche der Zivilprozeßordnung hinausverweisen in den Zusammenhang mit §§ 323, 324, da es

sich nicht um Bekämpfung einer Vollstreckungsmaßregel handele, sondern „um den Widerspruch gegen die Rechtmäßigkeit des Erlasses[9]) oder der fortdauernden Geltung der Entscheidung, welche die Zwangsvollstreckung vorbereiten". Andererseits nimmt er stets eine Beziehung der Einwandsklage auf die Zwangsvollstreckung an: „Ziel der Vollstreckungsgegenklage ist in allen Fällen die Verhinderung der Zwangsvollstreckung. Es wird dadurch erreicht, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, sei es für immer, sei es zurzeit". Demnach wäre also in den Fällen der Feststellungsklagen und der weder rechtskräftigen noch für vorläufig vollstreckbar erklärten Leistungsurteile die Einwandsklage ausgeschlossen. Hellwig läßt für sie in diesen Fällen bei vorliegendem Interesse eine gewöhnliche Feststellungsklage eintreten.

Eine besondere Stellung nimmt auch Geib ein. Er bezeichnet S. 123 die Klage aus § 767 ZPO. als Klage auf „Feststellung der Unzulässigkeit des Vollstreckungsbetriebes",

S. 125 als Klage auf Feststellung,

> „daß der Vollstreckungsgläubiger wegen mangelnden materiellen Anspruches die Befugnis zur Betätigung der seinem angeblichen Anspruche immanenten Erzwingbarkeit gegen den Vollstreckungsschuldner nicht habe, daß er also nicht in Form des Vollstreckungsbegehrens einen Zwang gegen den Vollstreckungsschuldner ausüben dürfe".

Daß Geib trotz dieser abweichenden Formulierung der hier vertretenen Ansicht nahesteht, zeigt sich, wenn er weiterhin (S. 126) die Wesensgleichheit der Klage aus § 767 und derjenigen aus § 256 ZPO. hervorhebt und den Unterschied zwischen beiden Klagen nur in der verschiedenen Formulierung des Klageantrages findet. Da Geib aber gleichzeitig annimmt, daß mit der Feststellung des Nichtbestehens des materiellen Anspruches ohne weiteres auch die Zulässigkeit des Zwangsvollstreckungsbetriebes aufhöre (vgl. S. 126), so daß es unerheblich sei, ob die Unzulässigkeit des Zwangsvollstreckungsbetriebes in dem Feststellungsurteil ausgesprochen

---

[9]) Dieser Ausdruck ist ungenau. Es handelt sich stets nur um die Rechtmäßigkeit der fortdauernden Geltung der genannten Entscheidungen. Die Rechtmäßigkeit des Erlasses wird nicht in Frage gestellt.

wird, der Klageantrag auf Feststellung des Nichtbestehens des materiellen Anspruchs somit für die Klage aus § 767 eigentlich genügen muß und der Klageantrag also in beiden Fällen stets gleichlauten kann, ist nicht zu ersehen, worin dann überhaupt ein Unterschied zwischen den beiden Klagen bestehen soll. Geib sagt hierzu weiter:

> „Aus dem Wortlaute des § 767 cit. ergibt sich, daß die dort enthaltenen Spezialvorschriften überall Anwendung finden, wo gegen den Vollstreckungsbetrieb im Wege der Klage Einwendungen geltend gemacht werden, welche den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffen“.

Da es aber bei Zugrundelegung der von Geib gegebenen Voraussetzungen im praktischen Resultate völlig gleichgültig sein muß, ob mit dem Klageantrage aus § 767 ZPO. auch die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung verlangt wird oder nicht, brauchte also in dem Klageantrage aus § 767 von der Zwangsvollstreckung nichts gesagt zu werden, so daß es für den Richter gar nicht ersichtlich wäre, ob der § 256 ZPO. oder der § 767 anzuwenden ist.[10])

Im Gegensatz hierzu ist nach der oben im § 3 ausgeführten Ansicht der § 256 ZPO. niemals anwendbar, wenn es sich um Einwendungen gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch handelt, da in diesen Fällen stets der § 767 als Sondervorschrift für den § 256 eintritt.

Daß nach der hier vertretenen Ansicht weder zugegeben wird, daß mit der Feststellung des Nichtmehrbestehens des materiellen Anspruchs ohne weiteres auch die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung fortfalle, noch daß die von Geib aus dem Wortlaut des § 767 gezogene Folgerung richtig ist, ist oben im § 2 ausgeführt.

Geib stimmt also mit der hier vertretenen Ansicht insofern überein, als er die Richtung der Klage aus § 767 gegen den materiellen Anspruch selbst anerkennt. Er verlangt aber abweichend, mit der herrschenden Meinung, die gleichzeitige Wendung gegen

---

[10]) vgl. auch Geib S. 131.

Zwangsvollstreckungsbetrieb und daher als Vorbedingung für die Erhebung der Einwandsklage stets das Bestehen einer objektiven Vollstreckungsgefahr. Unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß Feststellungsurteile nicht vollstreckbar seien, schließt er daher, wie schon oben erwähnt, die Einwandsklage überall da aus, wo das erste Urteil ein Feststellungsurteil war, und will hier stets den § 256 anwenden. Auf S. 135 sagt er:

> „Diese letzteren (die Spezialvorschriften des § 767) setzen eine voraufgegangene Verurteilung desjenigen voraus, der im Widerspruchsprozeß als Kläger auftritt, und zwar eine wahre, einen Vollstreckungstitel erzeugende Verurteilung desselben, nicht eine bloß formelle, dem Buchstaben nach erfolgte Verurteilung, wie dies der Fall ist bei den Verurteilungen zur Duldung der Zwangsvollstreckung“.

Die Begründung:

> „Denn diese stellen sich bei genauerer Betrachtung als reine Feststellungsurteile heraus“,

ist, so richtig dieser Satz an sich ist, von dem hier eingenommenen Standpunkte aus nicht stichhaltig, da, wie oben im § 2 ausgeführt, die Zulässigkeit der Einwandsklage auch gegen einen durch Feststellungsurteil festgestellten Anspruch angenommen werden muß.

Von seiner Ansicht aus, daß die Klage aus § 767 auf Aufhebung weder der rechtskräftigen Verurteilung noch der Vollstreckbarkeit gerichtet sei, daß vielmehr ihr einziges Ziel die Feststellung des dolosen Charakters des Vollstreckungsbetriebes und damit seiner Unstatthaftigkeit sein könne, kommt Geib fernerhin dazu, die Einwandsklage auch gegen denjenigen zuzulassen, der

> „dolos (z. B. mittelst meineidiger oder bestochener Zeugen) eine rechtskräftige Verurteilung erstritten und auf Grund derselben nunmehr Vollstreckung betrieben hat“ (S. 136).

Geib führt dazu aus, daß hier, wenn das Wiederaufnahmeverfahren versage, der § 767 zunächst nicht anwendbar erscheine. Es liege ein dolus praeteritus vor, der dem urteilsmäßig festgestellten Anspruche gegenüber keinesfalls in der Vollstreckungsgegenklage und nach Eintritt der Rechtskraft der Feststellung überhaupt nicht mehr vorgebracht werden könne. Wenn aber auch

somit die gesetzlichen Voraussetzungen des Vollstreckungsbetriebes gegeben seien, so liege doch hier ein dolus praesens, auf den sich die Klage aus § 767 stützen lasse, in dem Betriebe der Zwangsvollstreckung; denn „gerade in dem Gebrauchmachen von dieser Vollstreckungsmöglichkeit“ müsse „seitens des Vollstreckungsgläubigers, der die Verurteilung dolos herbeigeführt hatte, ein neuer dolus (praesens) erblickt werden“. Die Ausübung des Vollstreckungsrechtes trotz Mangels an einem materiellen Anspruch ist jedoch kein Grund zur Erhebung der Einwandsklage. Ist der materielle Anspruch erst nach der Urteilsfällung untergegangen, so ist, unabhängig davon, ob Zwangsvollstreckung betrieben wird oder nicht, die Einwandsklage in dem hier verteidigten Sinne gegeben, also gerichtet auf Feststellung des gänzlichen oder teilweisen Nichtmehrbestehens des materiellen Anspruches. Hat dagegen der materielle Anspruch nie bestanden oder ist er vor der Urteilsfällung erloschen, so ist, wiederum ohne Rücksicht auf die Vornahme der Zwangsvollstreckung, der Schuldner allein auf die ordentlichen Rechtsmittel und die Restitutions- und Nichtigkeitsklage angewiesen. Die Klage aus § 767 ist ihm in den letztgedachten Fällen gänzlich verschlossen, da es an einer Einwendung gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch fehlt, deren Gründe erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

Anhang.

§ 5.

Praktische Resultate.

Praktisch zeigt sich der Unterschied zwischen der in der Literatur weit überwiegend vertretenen Ansicht, daß die Anwendbarkeit des § 767 zum mindesten die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung voraussetze, und der hier dargelegten, daß sie unabhängig davon sei, noch nicht unbedingt, wenn das erste Urteil konstitutiv war. Gegen ein Konstitutivurteil ist scheinbar die Anwendbarkeit der Einwandsklage ausgeschlossen; fehlt es doch hier an einem „durch Urteil festgestellten Anspruche“, gegen den die Einwendungen sich richten könnten. Das ist aber nicht richtig. Es kann vielmehr in einem bestimmten Stadium des Verfahrens in einem durch konstitutives Urteil erledigten Rechtsstreite die Einwandsklage eine Stelle finden. Der Kläger, der z. B. auf Scheidung einer Ehe klagt, will doch eine Entscheidung haben, auf die er sich seinem Gegner und Dritten gegenüber stützen kann, die die Scheidung der Ehe definitiv herbeiführt. Eine solche Entscheidung ist aber nur das rechtskräftige Urteil. Solange er dieses nicht zur Seite hat, besteht — die materielle Berechtigung der Klage vorausgesetzt — für ihn das Recht (und damit hier der Anspruch), ein rechtskräftiges Urteil auf Scheidung der Ehe mit allen seinen Wirkungen herbeizuführen. Man kann sagen, daß in einem solchen nicht rechtskräftigen Urteil auf Scheidung einer Ehe ein Vorbehalt verborgen liegt, da es nur sagen kann: Ich löse — sobald ich rechtskräftig geworden bin — die Ehe zwischen A und B auf. Damit ist zugleich implizite festgestellt, daß dem Kläger tatsächlich ein An=

spruch auf Scheidung der Ehe zusteht. Liegt also ein solches nicht rechtskräftiges Urteil der ersten Instanz vor, und entstehen nun dem Beklagten Einwendungen, so kann er, um diese geltend zu machen, sich der Berufung oder der Einwandsklage bedienen. Ist ein solches Urteil in der zweiten Instanz gefällt, so ist nur die Einwandsklage zugelassen, da mit der Revision nova nicht mehr vorgebracht werden können. Sobald aber das Urteil rechtskräftig geworden ist, ist der Anspruch des Klägers auf Scheidung der Ehe verwirklicht und damit nunmehr auch die Einwandsklage ausgeschlossen. Der Beklagte ist also jetzt auf die Restitutions- und Nichtigkeitsklage beschränkt. Ob in dem Rechtskräftigwerden eines solchen konstitutiven Urteils ein Akt der Zwangsvollstreckung verborgen liegt oder nicht, kann dabei dahingestellt bleiben. Man kommt also auf diesem Wege von dem hier eingenommenen Standpunkte aus zu demselben Resultate wie diejenigen Vertreter der herrschenden Meinung, die, um das Vorbringen von nova gegen ein in der Revisionsinstanz befindliches Konstitutivurteil unabhängig von der Restitutions- und Nichtigkeitsklage zu ermöglichen, eine Zwangsvollstreckung aus solchen Urteilen für möglich halten. Diejenigen Vertreter der herrschenden Meinung, die dies nicht tun, geraten in Schwierigkeiten in Fällen, in denen das Rechtskräftigwerden eines konstitutiven Urteiles unter Umständen schwere, kaum ganz zu beseitigende Folgen hat, ein Vorbringen von nach dem letzten mündlichen Verhandlungstermine entstandenen Einwendungen aber nicht mehr möglich ist, da sich der Prozeß bereits in der Revisionsinstanz befindet.

Hellwig behandelt diesen Fall in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1903 S. 284 f., wo er die Frage aufwirft, was zu tun sei, wenn in einem Ehescheidungsprozesse die Ehegatten in der Revisionsinstanz sich aussöhnen. Hellwig hilft hier mit der Klage aus § 767, kann dies aber, wie gesagt, nur dadurch, daß er den Begriff der Vollstreckbarkeit in jenem oben dargelegten weiten Sinne faßt und gleichzeitig den Standpunkt einnimmt, daß auch konstitutive Urteile vollstreckbar seien in dem Sinne, daß sich „die Vollstreckung kraft Gesetzes ohne äußere Vollstreckungsmaßregeln mit dem Eintritte der Rechtskraft von

selbst vollzieht“. Diese in der Literatur streitige Frage kann man aber dahingestellt sein lassen, ohne dem Rechtskräftigwerden des konstitutiven Urteils, das sich in der Revisionsinstanz befindet, wehrlos entgegensehen zu müssen, wenn man die Klage aus § 767 von der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteile unabhängig macht.

Dagegen zeigt sich sofort ein Unterschied in den praktischen Resultaten, je nachdem man die Klage aus § 767 von der Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung abhängig macht oder nicht, dann, wenn es sich um Einwendungen gegen Ansprüche aus einem Feststellungsurteile[1]) oder nicht vorläufig vollstreckbaren noch nicht rechtskräftigen Leistungsurteile handelt. Hier sind nach der Meinung, daß die Vollstreckbarkeit nicht in Betracht kommt, beim Vorliegen des rechtlichen Interesses die Bedingungen für die Erhebung der Einwandsklage stets gegeben, während die herrschende Meinung gegen Feststellungsurteile nur eine Feststellungsklage nach § 256 zulassen kann, dagegen den Schuldner gegen ein nicht vorläufig vollstreckbares noch nicht rechtskräftiges Urteil auf die ordentlichen Rechtsmittel beschränken muß.

Für die Bestimmung dieser Grenzfälle und somit für die Bestimmung der praktischen Bedeutung der hier vertretenen Ansicht spielt nun noch die Frage eine Rolle, ob auch Feststellungsurteile vollstreckbar sein können. Diese Frage ist nur noch von praktischer Wichtigkeit, wenn man den Standpunkt der herrschenden Meinung teilt. Diese kann die Einwandsklage gegen Feststellungsurteile dann zulassen, wenn sie deren Vollstreckbarkeit wenigstens in gewissen Fällen anerkennt. Tut sie dies nicht, so muß sie gegen Feststellungsurteile stets eine Einwandsklage für ausgeschlossen erachten. Je nachdem also die Vertreter der herrschenden Meinung die Frage der Vollstreckbarkeit von gewissen Feststellungsurteilen entscheiden, werden, soweit Feststellungsurteile in Betracht kommen, die entgegengesetzten Meinungen im praktischen Resultate stets voneinander abweichen oder wenigstens in einigen Fällen übereinstimmen.[2])

---

[1]) vgl. Hommel S. 21.

[2]) Doch ist diese Frage wohl zu verneinen (Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 119f.; Fischer, Vollstreckbarkeit S. 90), so daß man vom Standpunkte

So wie in diesem Falle dadurch, daß die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils aus den Vorbedingungen für die Erhebung der Einwandsklage ausgeschlossen wird, eine theoretische Streitfrage einen Teil ihrer praktischen Bedeutung verliert, geschieht dies noch in anderen Fällen.

Struckmann sagt in der Zeitschr. f. deutschen Zivilpr. Bd. 6 S. 409:

> „Daß Einwendungen gegen die Kostenpflicht, welche bereits zu einer Zeit entstanden waren, als sie noch bei der mündlichen Verhandlung über die Kostenpflicht oder auch mittels Einspruches wider das über die Kostenpflicht entscheidende Urteil geltend gemacht werden konnten, später gänzlich ausgeschlossen sind, wird allgemein anerkannt, ebenso, daß Einwendungen gegen die Kostenpflicht, welche erst entstanden waren, nachdem auch der Kostenfestsetzungsbeschluß die Rechtskraft erlangt hatte, nur im Zwangsvollstreckungsverfahren in Gemäßheit des § 686 ZPO. geltend gemacht werden können. Den Gegenstand des

---

der herrschenden Meinung gegen Feststellungsurteile die Einwandsklage stets verweigern muß. Kohler bejaht die Frage in seinen prozeßrechtlichen Forschungen und sagt darüber S. 64:

> „Wenn das Feststellungsurteil einen künftigen Anspruch deklariert, so ist damit ein vollstreckbarer Titel geschaffen, welcher, nur eben in Zukunft, nach Eintritt eines Kalendertages und nach Erfüllung der etwaigen Bedingung zur Vollstreckung gebracht werden kann“.

Diese Beweisführung kann nicht überzeugen. Ersetzt man das etwas unbestimmte Wort „deklariert“ durch das Wort „feststellt“, so ist in dem angeführten Satze weiter nichts gesagt, als daß aus einem Feststellungsurteile, das sich dadurch von den gewöhnlichen Feststellungsurteilen unterscheidet, daß der durch es festgestellte Anspruch erst in einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkte oder mit der Erfüllung einer Bedingung eintreten wird, eine Zwangsvollstreckung möglich ist; womit aber eigentlich nicht mehr getan ist, als die zu beweisende Behauptung wiederholt. Denn es ist nicht einzusehen, was es für die Vollstreckbarkeit für einen Unterschied macht, ob der Richter in einem Urteile sagt: Ich stelle fest, daß dem A gegen den B ein Anspruch zusteht; oder: ich stelle fest, daß dem A gegen den B ein Anspruch zusteht, wenn diese oder jene Bedingung oder jener Zeitpunkt eingetreten ist. Denkt sich Kohler aber in jenen Urteilstenor eine Verurteilung hinein, so ist das Urteil kein Feststellungsurteil, sondern ein kondemnatorisches, dessen Vollstreckbarkeit niemand leugnet.

Zweifels bilden eben die zwischen diesen beiden Fällen in der Mitte liegenden Fälle".

Dieser Zweifel kann nicht entstehen, wenn man die hier vertretene Ansicht gelten läßt. Schon auf den Rechtsstreit über die Kostenersatzpflicht ergeht doch ein Urteil, in dem ein Anspruch festgestellt wird. Entstehen gegen diesen nun nachträglich Einwendungen, so sind die Bedingungen für die Klage aus § 767 gegeben. Struckmann macht dagegen die Möglichkeit der Verwendung der Klage aus dem § 767 davon abhängig, daß der Kostenfeststellungsbeschluß rechtskräftig geworden ist, da erst dann eine Vollstreckung des Urteils auf das Verfahren über die Kostenersatzpflicht möglich ist. Also auch dies sind Fälle, in denen der herrschenden Meinung entgegen die Einwandsklage zuzulassen ist.

Ebenso ist für die Bestimmung des Kreises der Fälle, in denen die Einwandsklage zulässig ist, die von Kohler in den prozeßrechtlichen Forschungen S. 67 behandelte Frage, ob die Feststellungsklage auch dann noch erhoben werden kann, wenn bereits die Leistungsklage zulässig ist, nicht von Bedeutung vom Standpunkte der hier vertretenen, wohl aber von dem der herrschenden Meinung. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Einwandsklage auch denkbar, wenn man sich in jener Frage dafür entscheidet, die Feststellungsklage in gewissen, durch ein besonderes Interesse bedingten Fällen zuzulassen. Dagegen muß nach der herrschenden Meinung die Zulässigkeit der Einwandsklage bei dieser Annahme unbedingt entfallen.

Ihre Bedeutung verliert auch die für die herrschende Meinung wichtige Frage, ob die Zwangsvollstreckung bereits begonnen haben muß, damit die Einwandsklage zulässig ist. Diese Frage wird in der Literatur meist verneint, so z. B. auch von Langheineken, der „das Vorhandensein eines objektiven Verteidigungsbedürfnisses" für ausreichend erklärt. Diese Auskunft dürfte aber in der Praxis zu vielen Zweifeln Anlaß geben. Fitting bejaht dagegen die Frage (S. 703 Anm. 6) und läßt vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung im allgemeinen eine negative Feststellungsklage eingreifen, für die aber die Vorschriften des § 767 Abs. 2 u. 3 gelten sollen. Diese Auslegung ist wohl aber willkürlich.

Andererseits gibt es auch Leistungsurteile, gegen die die herrschende Meinung die Einwandsklage nicht zulassen kann, da bei ihnen eine Vollstreckung ausgeschlossen ist. Es sind dies die im § 888 Abs. 2 ZPO. genannten Verurteilungen zur Eingehung einer Ehe (soweit diese noch für ausländische Urteile in Betracht kommen), zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage. Es steht nichts im Wege, auch hier die Vorschriften des § 767 anzuwenden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 24. Oktober 1884 wurde ich, Hans Georg Fridrich, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger, in Waldenburg i. Schles. geboren als zweiter Sohn des Kunstmalers Eugen Fridrich und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Leisner. Von Ostern 1890 an besuchte ich die städtische evangelische Volksschule in Waldenburg, darauf von Ostern 1894 an das städtische Gymnasium daselbst, das ich Ostern 1904 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte dann an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin, Kiel und Breslau die Rechte und legte am 24. September 1908 in Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 9. Oktober 1908 trat ich mit meiner Vereidigung beim Amtsgericht Nieder-Wüstegiersdorf als Referendar in den Justizdienst ein. Zurzeit stehe ich am Ende meiner Ausbildungszeit an diesem Gericht.